

# الحُدُودُ وَالْأَحْكَامُ الْفَقْهِيَّةُ

لِلإِمَامِ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ الدِّينِ بْنِ الشَّاهِرِ رُودِيِّ الْبَسْطَامِيِّ  
الشَّهَيْرِيِّ بِمَصْنَفَاتِهِ  
الْمُتَوَفَى سَنَةَ ٨٧٥ هـ.

تَحْقِيقٌ وَتَقْلِيدٌ  
الْشَيْخُ عَادِلُ أَحْمَدَ عَبْدِ الْمَوْجِدِ  
الْشَيْخُ عَلِيُّ مُحَمَّدَ مَعْرُوضٍ

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة  
لدار الكتب العلمية  
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى  
١٤١١ هـ - ١٩٩١ م

---

طلب من: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان  
ص: ١١/٩٤٢٤ تل: ٤١٢٤٥ Le Nasher  
هاتف: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾.

﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام، إن الله كان عليكم رقيباً﴾.

﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً﴾.

وبعد...

لقد نالت الحدود والتعريفات اهتمام جل العلماء ومعظم الباحثين لما لها من أهمية في تحديد معالم أي علم وما اشتمل عليه من مصطلحات، فإن لها الأثر العظيم في ضبط مسائله وكشف مراسمه وتوضيح معالمه وإزالة الستار عن حقائقه، ولقد اهتم أهل العلم بوضع كتب مستقلة في التعريفات الفقهية واللغوية وغيرها من العلوم مع اختلاف مشاربهم وتباين مسالكهم، وكان من أشهر هذه الكتب الخاصة باصطلاح الأحناف الكليات لأبي البقاء والمغرب للمطرزي وطلبة الطلبة للنسفي والتعريفات للجرجاني وغير ذلك.

ولقد انبرى الشيخ مصنفك في كتابه الحدود والأحكام لكي يساير هذا الرهط الكريم في مواكبه الحافلة فيقدم إلى الفقه الإسلامي عامة والمذهب الحنفي خاصة كتاباً شاملاً جامعاً للتعريفات الفقهية مرتباً على الأبواب الفقهية فيقدم التعريف من حيث اللغة ثم يتبعه بالاصطلاح ويعرض للتعريف مناقشاً له وعارضاً لكلام بعض أهل العلم ثم يعقب على ذلك في كثير من الأحيان مبيناً وجه الصواب.

ويتبع ذلك بالكلام على بعض الأحكام الفقهية التي تتعلق بالكتاب الذي يتكلم فيه

وقد يأتي في كثير من الأحيان مستشهداً على ما يقول بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية ولقد سلك المؤلف في وضع كتاب الترتيب الفقهي لكتب الأحناف فجاء كتابه بذلك كتاباً فاتحاً لتعريفات تلك الكتب جامعاً لأكثر المصطلحات فيها. وسنفرد مقدمة واسعة في كتابنا الموسوعة الفقهية وإليك ترجمة لمؤلفنا.

الترجمة :

اسمه :

علي بن مجد الدين محمد بن محمد بن مسعود بن محمود بن محمد بن عمر الشاهرودي البسطامي المعروف بمصنفك وهو من أحفاد فخر الدين الرازي الجد الخامس له .

نشأته وطلبه للعلم :

ولد الشيخ مصنفك سنة ٨٠٣ هـ بشاه رود وهي قرية من قرى بسطام ولقد تربى الشيخ في بيت علم وشرف فارتشف المصنف من رحيقه وتلمس خطأ أجداده وأبنائه فكان « أبوه من أهل العلم العاملين وكان فقيهاً عالماً جليلاً وقد عكف مؤلفنا على طلب العلم منذ نعومة أظفاره حتى بلغ مرتبة عالية فأخذ في التأليف والتصنيف حتى اشتهر بلقب «مصنفك» لا اشتغاله بالتأليف من صغره ولعل في الإشارة إلى تصانيفه ما يدل على ذلك .

فلقد كان له باع كبير في فقه الإمام أبي حنيفة فلقد صنف فيه شرحاً على الهداية وشرحاً على الوقاية وشرحاً على النقاية وكذلك كتاب الحدود والأحكام - وهو كتابنا هذا - فكل ذلك يدل على طول باعه ورسوخ قدمه وسلاسة قلمه ، هذا ، ولم تكن ثقافته ولا تصانيفه محصورة في فقه الحنفية فقط بل له من المؤلفات ما يدل على سعة اطلاعه وطول باعه في الفقه والحديث والأصول وغير ذلك من علوم الشريعة وأدواتها .

شيوخه :

ومن مشايخه جلال الدين يوسف أحمد من تلامذة سعد الدين التفتازاني كان من علماء عصره في العربية ولقد أجاز له شيخه التفتازاني فقال : «فقد أجزت للمولى العالم الفاضل الكامل جلال الدين يوسف ابن الإمام المرحوم ركن الدين أن يروي عني مقروءاتي ومسموعاتي ومستجازاتي عموماً ومصنفاتي خصوصاً فقد قرأ الكثير وسمع الكثير مثل شرح الكشف والمفتاح وغيرهما وأن يدرسها» .

ومن مشايخه كذلك أحمد بن محمد بن محمود الامامي الهردى وغير ذلك من المشايخ المذكورة في كتب المصنف رحمه الله .

تصانيفه :

لقد كثرت تصانيف الشيخ حتى اشتهر بلقب مصنفك كما أشرنا إلى ذلك من قبل وإليك بعض تلك المؤلفات لتسدل بذلك على طول باعه وسعة اطلاعه .

- ١ - اصلاحات الفقهاء .
- ٢ - تحفة السلاطين .
- ٣ - التحفة المحمودية .
- ٤ - التحرير في شرح أصول البزدوي .
- ٥ - حاشية على التلويح .
- ٦ - حاشية على لوامع الأسوار شرح مطالع الأنوار .
- ٧ - حاشية على شرح العقائد للنسفي .
- ٨ - حاشية على شرح الوقاية لصدر الشريعة .
- ٩ - حاشية على تلخيص المفتاح .
- ١٠ - حدائق الإيمان لأهل اليقين والعرفان .
- ١١ - حل الرموز وكشف الكنوز في الأخلاق والتصوف .
- ١٢ - رفع الجناح وخفض الجناح في أربعين حديثاً في باب النكاح .
- ١٣ - شرح إرشاد الهادي في النحو .
- ١٤ - شرح المثنوي .
- ١٥ - شرح العقائد النسفية .
- ١٦ - شرح العلاقة .
- ١٧ - شرح عوامل المائة .
- ١٨ - شرح آداب البحث .
- ١٩ - شرح الكشف .
- ٢٠ - شرح الكافية في النحو .
- ٢١ - شرح قصيدة الأمالي .
- ٢٢ - شرح اللباب في النحو .

- ٢٣ - شرح الشمسية .
- ٢٤ - شرح المراح في التصريف .
- ٢٥ - شرح المصاييح .
- ٢٦ - شرح المواقف في علم الكلام .
- ٢٧ - شرح وصية الإمام أبي حنيفة .
- ٢٨ - شرح الوقاية .
- ٢٩ - شرح الهداية .
- ٣٠ - شرح النقاية في مختصر الوقاية .
- ٣١ - شرح الرموز والأمثال اللاهوتية في الأنوار المجردة الملكوتية .
- ٣٢ - شرح مشكلات المشوي .
- ٣٣ - الكواكب الدرية في شرح قصيدة البرية .
- ٣٤ - المحمدية في تفسير القرآن .
- ٣٥ - ملتقى البحرين في تفسير القرآن .
- ٣٦ - المنتظم في تاريخ الأمم .

وفاته :

توفي رحمه الله سنة ٨٧٥ هـ في القسطنطينية ودفن عند قبر أبي أيوب الأنصاري .

### وصف المخطوط

لقد قمنا في تحقيقنا للكتاب في الاعتماد على نسختين وإليك وصف كل منهما .  
 الأولى : وهي النسخة المحفوظة بدار الكتب المصرية تحت رقم (٦٨٤٢) فقه حنفي وهي مكتوبة بخط جميل واضح عدد أوراقها (٦٨) صفحة وتقع مسطراتها في (٢٩) سطراً وقد جعلناها أصلاً لما امتازت به من وضوحها .  
 الثانية : وهي النسخة المحفوظة بمكتبة الاسكندرية تحت رقم (٢١) تقع في (١١٦) صفحة وتقع مسطراتها في (٢٢) سطراً ورمزناها بالرمز (ب) .



## بسم الله الرحمن الرحيم وبه العون

الحمد لله الذي أنزل على عبده الحدود والأحكام، وجعل علمها وعملها سعادة باقية لفرق الأنام، وجعل عاقبة أمرها مفضية إلى الدخول في دار السلام، ونهاية الأمرين الخلود في دار الأنام<sup>(١)</sup>، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على من نسخ جميع الملل والأديان، وأثبت نبوته بالأدلة القاطعة والبرهان، محمد المبعوث من بني عدنان، المختص بغاية البلاغة، ونهاية الفصاحة في البيان، وعلى جميع إخوته من الأنبياء والمرسلين الذين سبقوه بالظهور في الزمان، وعلى آله وصحبه الباذلين جهدهم غاية الوسع والإمكان في قمع أهل الضلالة وقلع أهل الشقاق والعدوان، خصوصاً على الخلفاء الراشدين والذين آتبعوهم بإحسان إلى يوم تنشق القبور، وتخرج منها الأجساد والأبدان.

وأما بعد: فيقول العبد الفقير ذو الذنب والعصيان، وأحوج الأنام إلى الرحمة والغفران، الشيخ علي بن مجد الدين بن محمود بن مسعود الشاهرودي البسطامي غفر الله ذنوبه وستر في الدارين عيوبه: لما شاهدت أهل الزمان قاصري الهمم في العلوم الشرعية عموماً، وفي الفقهافة خصوصاً، آخذين قالاً وقيلاً، فإن هؤلاء يحبون العاجلة، ويذرون وراءهم يوماً ثقیلاً. شعر:

أرى فقهاء هذا العصر طرّاً      أضاعوا العلم وأشتغلوا بلم لم  
إذا ناظرتهم لم تلق منهم      سوى حرفين لم لم لا نسلم

حتى ان بعض من يقيم<sup>(٢)</sup> نفسه من العلماء، والفقهاء<sup>(٣)</sup> عند أنفسهم الجهلاء يشتغلون بالفتوى ويفتون على مقتضى النفس والشهوة والهوى، ولا يعرفون من الفقه ما الإيلاء، وما الظهار، وما شركة الملك، وما شركة العقد وما المعاوضة، وما العنان، وما التقييل، وما الوجوه

(١) في ب المقام.

(٢) في ب من يعد.

(٣) في ب والعظماء.

وما للعقروما الغرة، وما حكومة العدل . . . إلى غير ذلك مما يعرفه المبتدئ، ويقنعون بتقليد من لا حجة بقوله، ويفرحون بإمداد من لا يعبأ بقوته وحوله، ويدخلون أنفسهم بين العلماء بسلامة الأمير مع أنهم ليسوا في العير<sup>(١)</sup> ولا في النفير، ولا يعرفون في التحقيق قبلاً من دبير، أعاذنا الله وجميع العلماء من جميع ذلك، وعصمنا وإياهم عن جميع المهاوي والمهالك، فآلتمس منا من له قدم صدق عندنا أن أجمع الحدود الشرعية للألفاظ الفقهية، وأن أشرح الألقاب التي لقت بها الكتب الدينية، وغير ذلك مما يحتاج البيان والشرح طبقاً لمعاقد العلم، ليسهل على الكافة ضبطها وإتقانها وحفظها وإمعانها فأجبت مسؤوله وقبلت مأموله لما فيه من التعاون على البر والتقوى خصوصاً لأهل الدين والفتوى وأضفت إلى ذلك فوائد لا تحصى ودقائق لا يهتدي إليها إلا ذو فطنة عظمى ومن في جانبي الرواية والدراية له يد عليا، ولما وفقني الله عز وجل للإتمام وفرح قلبي بالفوز بهذه المنية والمرام سميته «كتاب الحدود والأحكام» راجياً من الله ذي الجلال والإكرام أن يرزقه القبول لدى الخواص والعوام وأن يجعله نافعاً لي في ديني ودنياي إلى القيام فإنه على كل شيء قدير وهو المقصود بتيسير كل عسير.

---

(١) في ب الصغير.



## كتاب<sup>(١)</sup> الطهارة

الطهارة في اللغة: هي النظافة<sup>(٢)</sup> وفي الشريعة<sup>(٣)</sup>: هي نظافة مخصوصة هي غسل الأعضاء المعلوم ومسح الرأس. وتسمى هذه النظافة وضوءاً وأيضاً بضم الواو وهو مصدر، ومعناه في الشرع غسل الأعضاء المخصوصة ومسح العضو المخصوص.

والتحقيق أن لفظ الطهارة عام يطلق في الشرع على كل نظافة معتبرة شرعاً كنظافة البدن ونظافة الثوب ونظافة المكان، وليس مخصوصاً بالوضوء بخصوصه كما يشعر به كلامهم. فهنا ألفاظ: الطهارة والوضوء والفرس والغسل والمسح.

أما الطهارة، فقد عرفت أنها تطلق على غسل الأعضاء الثلاثة، ومسح الرأس، وهذا الإطلاق يحتمل وجهين:

الأول: أنه من قبيل إطلاق الأعم على الأخص كإطلاق الحيوان على الإنسان

(١) الكتاب لغة إما مصدر من كتبه كتباً وكتائباً وكتيبة وكتابة بمعنى الجمع سمي به المفعول للمبالغة أو فعل مبني للمفعول كاللباس للملبوس وعلى التقديرين يكون بمعنى المجموع واصطلاحاً اسم بجمله مختصة من العلم. مشتملة على أبواب وفصول غالباً.

انظر الصحاح ٢٠٨/١ أنيس الفقهاء ٤٥.

ترتيب القاموس ١١/٤ لسان العرب ٣٨١٦/٥ فتح الوهاب ٣/١ قليوي على المنهاج ١٦/١.

(٢) الصحاح ٧٢٧/٢ ترتيب القاموس ١٠٣/٣ - ١٠٤ لسان العرب ٢٧١٢/٤.

(٣) وقد عرفها الشافعية بتعريفان:

منها فعل ما يستباح به الصلاة.

وقيل إزالة حدث أو نجس أو ما في معناهما وعلى صورتها.

وقيل فعل ما يترتب عليه إباحة الصلاة ولو من بعض الوجوه أو ما فيه ثواب مجرد وعرفها المالكية بأنها صورة حكمية توجب لموصوفها جواز استباحة الصلاة به أو منه أو له.

انظر فتح الوهاب ٣/١ شرح المذهب ١٢٣/١.

الإقناع بمحاسنه البيجومي ٥٨/١ - ٥٩ حاشية الباجوري على ابن قاسم ٢٥/١ فتح العلام ٤٦ بتحقيقنا الحدود لابن عرفة (١٢).

بملاحظة أنه من الأنواع المندرجة تحته، لأن الطهارة اسم للوضوء بخصوصه، إذ قد عرفت أنها أعم.

الثاني: أن لفظ الطهارة في إطلاقات الفقهاء له معنيان: عام وخاص<sup>(١)</sup>.

فالعام: كل نظافة معتبرة شرعاً، سواء كانت نظافة البدن أو نظافة الثوب أو نظافة المكان أو نظافة الوضوء.

والخاص: هو غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس، وهو الذي يسمى وضوءاً. فلفظ الطهارة إذن اسم له بخصوصه.

فلفظ الطهارة لفظ مشترك<sup>(٢)</sup> بحسب وضعين مختلفين - ونظيره لفظ العلم، فإن له استعمالين عام، وبهذا المعنى ينقسم إلى التصور والتصديق، وخاص وهو اسم للتصديق فقط. نص عليه ابن الحاجب في مختصره فقال: العلم ضربان علم بمفرد ويسمى تصوراً وعلم بنسبة ويسمى تصديقاً وعلماً.

فلفظ العلم إذن له معنيان، فهو باعتبار أحد المعنيين منقسم وباعتبار الآخر قسم.

كذلك لفظ الطهارة: فهو باعتبار أحد المعنيين مقسم أحد أقسامه الوضوء. وباعتبار الآخر قسم أخص، ومندرج تحته.

فإن قيل: جمع ذلك حسن واضح، أنه كيف يصح إطلاق لفظ الطهارة على الغسل والمسح، والأول مصدر لازم، والثاني مصدر متعد.

قلنا: هذا الإطلاق أيضاً يحتمل وجهين، الأول: عرف أنه من قبيل المنقول. نقله الفقهاء من اللزوم إلى التعدي فجعلوه اسماً له، فهو في هذا الاستعمال متعد لا لازم، وإطلاقه عليه حقيقة، وهو ظاهر.

الثاني: أنه مجاز أطلقوه عليه، إذ النظافة حاصلة في ضمن الغسل والمسح.

(١) العام: لفظ وضع وضعاً واحداً لكثير غير محصور مستغرق جميع ما يصلح له.

والخاص: اللفظ الذي وضع لمعنى واحد على سبيل الانفراد أو لكثير محصور.

جمع الجوامع ١/ ٣٩٨ أصول السرخسي ١/ ١٢٨. التعريفات ٨٤ - ٥٧.

(٢) المشترك: لفظ حقيقة في معنيين مثلاً كالقرء المحيض والظهر انظر جمع الجوامع ١/ ٢٧٥ كشف الأسرار

١٩٩/١ وجعل المصنف الطهارة من قبيل المشترك غير مسلم لاختلاف مدلول كل من العام والخاص وتباين

حقيقتيهما.

ونظيره في اعتبار الوجهين ما ذكره النحاة حيث قالوا: العدل خروج الاسم عن صيغته الأصلية فإن العدل مصدر متعد، والخروج مصدر لازم<sup>(١)</sup>. وتحقيقه إلى كتابنا شرح لباب الإعراب.

وأما لفظ الوضوء فهو مصدر بضم الواو، وإذا فتح فمعناه ما يتوضأ به. والوضوء بضم الواو في الشرع عبارة عن غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس.

وأما الفرض<sup>(٢)</sup>، فمعناه في اللغة: التقدير والقطع<sup>(٣)</sup>. قال الله تعالى: ﴿سورة أنزلناها وفرضناها﴾<sup>(٤)</sup> أي قدرنا وقطعنا الأحكام فيها قطعاً.

وفي الشريعة الفرض عبارة عن حكم مقدر لا يحتمل الزيادة والنقصان بدليل قطعي لا شبهة فيه<sup>(٥)</sup>. فدلّل الفرض هذا لا بد من قطعتين، قطعية المتن بأن يكون متواتراً، وقطعية الدلالة بأن لا يحتمل غير هذا المعنى. وحكمه أن يكون جاحداً كافراً.

وقد يطلق الفرض على ما يفوت الجواز بفوته مطلقاً، سواء كان بدليل قطعي أو بدليل ظني. فجاحد الفرض بهذا المعنى لا يكون كافراً. وأما الغسل فمعناه:

إسالة الماء وإجراؤه<sup>(٦)</sup>: أي جعله جارياً على العضو: وأما المسح: فمعناه إصابة الماء. وإذا عرفت هذه الأمور فلنرجع إلى ما هو المقصود الأصلي ههنا<sup>(٧)</sup>، وهو بيان فروض الوضوء، فاعلم أن فروضه على ظاهر رواية الهداية<sup>(٨)</sup> أربعة:

(١) قد عرف النحاة العدل بأنه إخراج الكلمة عن صيغتها الأصلية لغير قلب أو حذف أو إلحاق أو معنى زائد انظر معجم المصطلحات النحوية (١٤٧) هذا لا كما قال المصنف خروج وعلى هذا لا يرد ما قاله فإن الإخراج مصدر فعل متعد كما أن العدل مصدر فعل متعد.

(٢) في ب وأما لفظ الفرض.

(٣) لسان العرب ٣٣٨٧/٥ جمع الجوامع ٨٨/١.

(٤) سورة النور: ١.

(٥) التعريفات: ٩٤ وانظر جمع الجوامع ٨٨/١ - ٨٩.

(٦) الصحاح: ٧١٨١/٥.

فتح القدير: ١١/١.

(٧) في ب منها.

(٨) انظر الهداية للمرغيناني. ١٢/١.

الأول: غسل الوجه .

الثاني: غسل اليدين مع المرفقين .

الثالث: مسح الرأس .

الرابع: غسل الرجلين مع الكعبين .

وعلى ظاهر رواية الخلاصة والوقاية هي خمس ، هذه الأربعة ، ومسح اللحية ، ثلثها أو ربعا أو كلها على اختلاف الروايات .

والأصل في باب الفروض في الوضوء هو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ﴾ <sup>(١)</sup> الآية .

فإن فروض الوضوء مستنبطة من هذه الآية الكريمة على اختلاف المجتهدين في الاستنباط . فإن هذه الآية الشريفة تدل على أمور بعضها واضح ، وبعضها خفي .

فالأوضح لوضوحه لم يبق محلاً للخلاف بينهم .

فمن الواضح دلالتها على غسل الوجه واليدين والرجلين مع المرفقين والكعبين ، ومسح الرأس وهذا القدر قطعي لا شبهة فيه ، وجاحده كافر ، نعوذ بالله منه . إلا أن ههنا كميات وكيفيات هي خفية ، ولخفائها وعدم وضوحها ، وقع الاحتياج إلى بيان ، ليزول الخفاء عنها .

فمن الأمور المحتاجة إلى البيان حد الوجه . فحده في جانب الطول : من منتهى شعر الرأس إلى أسفل الذقن ، وفي جانب العرض : من شحمة الأذن إلى الشحمة الأخرى . فتم حد الوجه من الأطراف الأربعة .

وأما ما وقع في الهداية <sup>(٢)</sup> حيث قال : « وحد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن ، وإلى شحمتي الأذن » ففيه خلل ظاهر ، وكذا ما وقع في الوقاية حيث قال : « ففرض الوضوء غسل الوجه من الشعر إلى الأذن وأسفل الذقن » إلا أن الخلل ههناؤكد وأغلظ ، وكذا ما وقع في مختصر الوقاية حيث قال : « فرض الوضوء غسل الوجه من الشعر إلى الأذن وأسفل الذقن » .

(١) سورة المائدة : ٦ .

(٢) الهداية : ١٢/١ .

والعجب من صاحب المختصر<sup>(١)</sup> مع أنه يدعي الحذاقة في هذا الفن، كيف حمل - أي حبل - على الرواية، وغفل عن الدراية. ثم إن مع ذلك كله شرح عبارة الوقاية على وجه انسده به باب التأويل وأنقطع به احتمال التقصي، فزاد في الطنبور نغمة أخرى.

وأعجب من ذلك أن القوم لم يذكروا حداً صحيحاً لا يتوجه عليه شيء، فالحد الصحيح للوجه ما ذكرناه أولاً<sup>(٢)</sup>.

ومن الأمور المحتاجة إلى البيان المرافق، فإنه مذكور بعد «إلى» وهي للغاية، فهل يدخل الغاية تحت المغيّ، بحيث يدخل المرافق في الغسل وهل يفترض غسلها أم لا؟

فعندنا أن غسلها فرض<sup>(٣)</sup> ووجه الاستنباط من الآية الكريمة أن «إلى» بمعنى «مع» كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ﴾<sup>(٤)</sup>. وهذا هو الوجه الظاهر الذي لا يرد عليه شيء، وههنا وجوه أخرى كثيرة ذكرناها في شرح الوقاية والهداية، من أراد أن يحيط بالكل، فعليه بالشرحين. وكذا الكعبان<sup>(٥)</sup>.

ولما كان المرفقان والكعبان مذكورين بعد «إلى» وكان لفظ «إلى» محتملاً لوجوه شتى وكان للاجتهاد ههنا مساغ، صار وجوب غسلهما مختلفاً فيه بين المجتهدين، فلا جرم ذهب زفر<sup>(٦)</sup> إلى أنهما لا يدخلان في الغسل. فغسل المرفقين والكعبين فرض بالمعنى الأعم، وجاحده ليس بكافر، وأما غسل اليد فهو فرض بالمعنى الأخص وجاحده كافر.

(١) هو عبد الله بن مسعود البخاري صدر الشريعة الأصغر ابن صدر الشريعة الأكبر من علماء الحكمة والطبيعات وأصول الفقه توفي ببخارى الفوائد البهية ٩ - ٧٤٧ هـ.

(٢) وقد حده صاحب تنوير الأبصار فقال: من مبدأ سطع جبهته إلى أسفل ذقنه طولاً وما بين شحمتي الأذنين عرضاً. انظر الدر المختار مع الحاشية ١/ ١٠٠ - ١٠١.

(٣) خلافاً لزفر رحمه الله هو يقول لا تدخل المغيّ كالليل في باب الصوم ولنا أن هذه الغاية لاسقاط ما وراءها. إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم عد الحكم إليها إذ الاسم يطلق على الإمساك ساعة. انظر فتح القدير ١/ ١٣ = ١٤.

(٤) سورة النساء: ٢.

(٥) انظر فتح القدير: ١٣/١.

(٦) زفر بن الهذيل بن قيس العنبري من تميم أبو الهذيل فقيه كبير من أصحاب أبي حنيفة أصله من أصبهان أقام بالبصرة وولي قضاءها وتوفي بها وهو أحد العشرة الذين دونوا الكتب جمعوا بين العلم والعبادة وكان من أصحاب الحديث فغلب عليه الرأي وهو قياس الحنفية وكان يقول: نحن لا نأخذ بالرأي ما دام أثر وإذا جاء الأثر تركنا الرأي.

ومن الخفي الذي دلالة الآية الكريمة عليه خفية، ولخفائها صار محلاً للخلاف بين المجتهدين. النية. فإن قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ بالاتفاق معناه إذا أردتم القيام إلى الصلاة، وإذا هذه شرطية جزاؤها قوله: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ والمعنى إذا أردتم أداء الصلاة فَاغْسِلُوا هذه الأعضاء المخصوصة وَاَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ لأجل جواز الصلاة.

ونظير ذلك قولهم: إذا أردت الدخول على الأمير فتأهب له. وكقولهم: إذا أردت الحج فتجهز له. وإذا أردت الدخول على السلطان فتزين. أي لأجله. وإذا رأيت الأسد فخذ حذرك.

فيكون حاصل المعنى: إذا أردتم أن تصلوا فتوضؤوا لأجل الصلاة وجوازها فتكون النية فرضاً.

ولما كان في ذلك بعض الخفاء صار محلاً للخلاف بين المجتهدين فذهب الشافعي إلى أن النية فرض<sup>(١)</sup>، وذهب أبو حنيفة إلى أن النية ليست بفرض<sup>(٢)</sup>. وههنا مباحث أخرى ذكرناها في الشرحين. من أراد الوقوف عليها فليرجع إليها.

ومن الخفي دلالة الآية الكريمة على كمية الممسوح في مسح الرأس. إذ لا نزاع لهم في أن الآية الكريمة تقتضي ممسوحة بعض الرأس لا ممسوحة كله، بدليل دخول الباء في المحل. فدلالة الآية على المقدار ظنية فخفي المقدار في حق المسح فصار محلاً للخلاف بين المجتهدين.

فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن بعض الرأس مجمل يحتمل السدس والربع إلى غير ذلك. وحديث المغيرة بن شعبة<sup>(٣)</sup> رضي الله عنه بيان له حيث بين أن البعض مقدر بالربع.

وذهب الشافعي وأصحابه إلى أن بعض الرأس مطلق، فيكفي فيه ما يطلق عليه الاسم، ولا إجمال في الآية، إذ المجمل لا يمكن العمل به قبل البيان، وههنا ليس كذلك، لأن من أختار أي بعض من أبعاضه فهو ممثّل، ولا دليل على الزيادة وحديث المغيرة ليس قطعاً بالربع لأن فعله عليه الصلاة والسلام، وهو مسحه على ناصيته يجوز أن يكون لأن هذا

(١) شرح المذهب ٣١٩/١ حلية العلماء ١٠٩/١ الشرح الكبير ٣١٦/١.

(٢) وهي سنة عند الحنفية خروجاً من الخلاف فالخروج من الخلاف مستحب.

فتح القدير: ٢٧/١ - ٢٨.

(٣) وذكر فيه مسح بناصره وعلمه، العمامة: أخرجه مسلم ١٧٣/٢.

القدر من أفراد البعض المأمور به في الآية لبيان أن المفروض به إنما هو هذا القدر. وهذا ظاهر.

وهنا سؤال ظاهر وهو أن هذا المقدار أعني الربع فرض عندنا، نص عليه في الهداية<sup>(١)</sup> حيث قال: «والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس لما روى المغيرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتى سباطة قوم، فبال وتوضأ ومسح على ناصيته» وخبر المغيرة من أخبار الأحاد فكيف يكون الثابت بخبر الواحد فرضاً، ولا بد في الفروض عندهم من قطعين وكلاهما منتف ههنا. ولو سلم أن المغيرة يدل على بيان المقدار، فيلزم نسخ الكتاب بخبر الواحد لأن الزيادة على الكتاب عندهم نسخ على ما تقرر في الأصول.

هذا القدر من المباحث كاف ههنا لأننا لسنا بصدد استيفاء الأحكام وإتمام المباحث في هذا الكتاب، بل نحن بصدد الاختصار والاقتصار على ما فيه ضرب من الدقة، ونوع من الغرابة ومن أراد الوقوف الأكثر فعليه بالشرحين<sup>(٢)</sup>.

يجب أن يعلم أن القول بأن مقدار الربع فرض قول بعض علمائنا، والآخرين على أنه مقدّر بمقدار ثلاثة أصابع من أصابع اليد. إليه أشار في الهداية<sup>(٣)</sup> حيث قال: «وفي بعض الروايات:

قدره بعض أصحابنا بثلاث أصابع من أصابع اليد، لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح».

وأعترض عليه الشارحون بأن ظاهر الرواية إنما هو هذا القول، مع أن عبارته أبيية عنه، لأن هذه العبارة، أعني قوله: «وفي بعض الروايات» إنما تستعمل في غير ظاهر الرواية. انتهى.

ولا يخفى أن الفتوى إنما هو على ظاهر الرواية دون غيره فليتأمل. ثم على ظاهر الرواية الوضع كاف، ولا يشترط المد، وعلى قياس رواية الربع والناصية الوضع ليس بكاف بل المد شرط، حتى يحصل ذلك القدر. كذا ذكره، وهو حق لا يحول حوله شك.

(١) الهداية: ١٢/١.

(٢) انظر ما يتعلق بأحكام ذلك في فتح القدير ١١/١ وما بعدها الدر المختار ٩٩/١ وما بعدها بدائع الصنائع ٣/١ وما بعدها.

(٣) الهداية: ١٢/١.



## باب التيمم

وهنا قاعدة كلية نافعة، جارية معتبرة في جميع الكتب الفقهية. وحاصلها أن كل لفظ من الألفاظ التي هي ألقاب الكتب له معنى مخصوص في اللغة، وله معنى معلوم في الشريعة. ولمعناه الشرعي ركن<sup>(١)</sup>، وله شرط<sup>(٢)</sup>، وله سبب<sup>(٣)</sup>، وله حكم<sup>(٤)</sup> في الشريعة، وهذا هو المقصود الأصلي. ولا بد للشارع في هذا الكتاب من معرفة هذه الأمور، ليكون ذا بصيرة في هذا الكتاب.

وإلى ما ذكرنا أشار فخر الإسلام<sup>(٥)</sup> حيث قال: «اللفظ لا يصح إلا بمعناه» وإلا كان مهملاً ملحقاً بأصوات الطيور ونغماتها. ومعناه لا يوجد إلا بركنه. لأن حقيقته إنما هي ركنه، ولا يوجد إلا عند تحقق شرطه إذ هو موقوف عليه، لا وجود له إلا معه، ولا يشرع إلا لحكمه، إذ بذلك يخرج عن حد السفه والعبث، وحكمته إنما هي حكمة المقصود منه.

فإذا عرفت هذه القاعدة الكلية، فأعلم أن التيمم في اللغة هو القصد<sup>(٦)</sup>. قال الله تعالى: ﴿وَلَا تِمْمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ﴾<sup>(٧)</sup> أي لا تقصدوا. وفي الشريعة عبارة عن القصد إلى

(١) ركن الشيء لغة جانبه القوي فيكون عيبه.

واصطلاحاً ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم وهو داخل في الشيء بخلاف الشرط فهو خارج عنه.

انظر التعريفات (٦٥) التلويح: ١٣/٢.

(٢) الشرط في اللغة: العلامة.

واصطلاحاً ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود. ولا عدم لذاته.

التعريفات ٧٣ جمع الجوامع ٢٠/٢.

(٣) السبب لغة ما يتوصل به إلى المقصود واصطلاحاً ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير.

التلويح ١٣٧/٢ التعريفات ٦٨.

(٤) الحكم لغة القضاء.

واصطلاحاً خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التخيير أو الوضع. التعريفات

أصول الفقه لزهير ٣٦/١.

(٥) هو علي بن محمد بن الحسين فقيه أصولي البزدوي من أكابر الحنفية نسبته إلى بزدة قلعة بقرب نسق بسمرقند

توفي سنة (٤٨٢) هـ.

الجواهر المضيئة.

(٦) الصحاح ٥/٢٠٦٤ ترتيب القاموس ٤/٦٨١ المصباح المنير ٢/٩٣٨.

(٧) البقرة: ٢٦٦.

استعمال الصعيد الطاهر للتطهر<sup>(١)</sup>. قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾<sup>(٢)</sup> الآية .

والسبب في نزول الآية هو أن النبي ﷺ خرج في غزوة المريسيع وهي غزوة بني المصطلق فنزل في بعض الطريق فسقطت من عائشة رضي الله عنها قلادة لأسماء رضي الله عنها . فلما ارتحلوا ذكرت ذلك للنبي ﷺ فبعث رجلين في طلبها ، وأقام ينتظرهما ، فعدم الناس الماء وحضرت صلاة الفجر فأغلظ أبو بكر رضي الله عنه على عائشة رضي الله عنها ، وقال لها : حبست المسلمين . فنزلت . فقال أسيد بن حضير<sup>(٣)</sup> رضي الله عنه ، يرحمك الله يا عائشة ، ما نزل بك أمر تكرهينه إلا جعل الله عز وجل للمسلمين فيه فرجاً .

وأما ركنه فهو ضربتان ، ضربه للوجه وضربه لليدين إلى المرفقين .

وأما شرطه فعدم القدرة على الماء . وأما حكمه فهو إباحة الصلاة<sup>(٤)</sup> .

### باب المسح على الخفين

قد عرفت فيما سبق أن الغسل هو إسالة الماء ، وأن المسح هو إصابتها ، وههنا أمور لا بد من معرفتها : أصل المسح ، ومدته ، والخف الذي يمسح عليه ، وناقضه .

فأما أصل المسح فجائز<sup>(٥)</sup> ثبت جوازه بالكتاب بقراءة الجرفي «أرجلكم» وأما جوازه على الخف فبالسنة المشهورة<sup>(٦)</sup> وكذا مقداره وثبت بالسنة .

(١) فتح القدير : ١٢١/١ .

(٢) النساء : ٤٢ .

(٣) أسيد بن حضير بن سمالك بن عتيك الأشهلي صحابي مشهور شهد العقبة وبدراً وفتح بيت المقدس قال النبي ﷺ : نعم الرجل أسيد مات سنة عشرين . الخلاصة ٨٩/١ .

(٤) انظر ما يتعلق بالكتاب من أحكام في فتح القدير ٢١/١ وما بعدها بدائع الصنائع ٤٤/١ وما بعدها المبسوط ١٠٦/١ وما بعدها حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٥/١ في المفتاح ٨٦/١ والمغني لابن قدامة ١٧٩/١ .

(٥) ذكر ابن رشد في بداية المجتهد ١٤/١ في جواز المسح ثلاثة أقوال المشهور جائز على الإطلاق وبه قال الجمهور والثاني في السفر دون الحضر والثالث منع جوازه بإطلاق وهو أشدها . انظر بدائع الصنائع ٧/١ .

(٦) منها ما روي عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال : كنت مع النبي ﷺ فتوضأ فأهويت لأنزع خفيه فقال : دعها فإني أدخلتها طاهرتين - فمسح عليهما والحديث أخرجه البخاري ٢٨٠/١٠ كتاب اللباس باب لبس =

فالأية الكريمة لا تدل على الخف ولا على المقدار. فهأنا أمور ثلاثة: أصل المسح وقدره ومحلّه. فإذا نظر إلى قراءة النصب فالثلاثة زيادة على الكتاب. وإن نظر إلى قراءة الجر، فالأخيران زيادة على الكتاب، والزيادة على الكتاب وإن كان نسخاً على ما تقرر في الأصول إلا أنه ثابت بالسنة المشهورة.

قال صاحب الهداية<sup>(١)</sup>: «والأخبار فيه مستفيضة» أي كثيرة مشهورة شهرة بلغت حد التواتر حتى قال أبو حنيفة ما قلت بالمسح على الخفين حتى جاءني مثل ضوء النهار. وكان أولاً لا يقول به.

وقال الحسن البصري<sup>(٢)</sup>: حدثني سبعون رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ أنهم رأوه يمسح على الخفين. ولا خلاف بين الصحابة أنه ﷺ مسح على الخفين إنما الخلاف في أنه مسح بعد نزول المائدة أو قبلها.

وبالجملة، فلما ظهر الأمر على السلف الراشدين والأئمة المهديين رضي الله عنهم أظهروا الاعتناء بشأنه حتى جعلوا اعتقاد جوازه من علامات أهل السنة والجماعة وشددوا النكير على من أنكر جوازه حتى أن أنس بن مالك رضي الله عنه لما سئل عن السنة والجماعة، قال: السنة أن يحب الشيخين ولا يطعن في الخنتين، ويمسح على الخفين. [وعن أبي حنيفة: أن السنة أن يفضل الشيخين، ونحب الخنتين، ونرى المسح على الخفين]<sup>(٣)</sup>.

وأما ركنه، فإن يمسح قدر ثلاث أصابع من أصابع اليد<sup>(٤)</sup> في ظاهر الرواية.

وأما مدته فللمقيم يوم وليلة، وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها.

وأما شرطه، فإن يكون من جهة الحدث<sup>(٥)</sup>، لا من جهة الجنابة إذ لا معنى للجمع

= جبة الصوف في الغزو (٥٧٩٩) ومسلم ٢٣٠/١ كتاب الطهارة باب المسح على الناصية والعمامة (٨١ - ٢٧٤).

(١) ٢٨/١.

(٢) الحسن بن يسار البصري أبو سعيد كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمنه وهو أحد الفقهاء العظماء الشجعان النساك ومن تصانيفه (فضائل مكة) توفي ١١٠ هـ حلية الأولياء ١٣١/٢ ميزان الاعتدال ٥٤/١ الأعلام ٢٢٦/٢ - ٢٢٧.

(٣) سقط من ب.

(٤) في كل رجل فلو مسح على رجل أصبعين وعلى الأخرى قدر خمسة لم يجز ولا فرق بين حصول ذلك بيده أو بإصابة مطر أو من حشيش فيه مبتل. فتح القدير ١٣٢/١.

(٥) لأن الخف مانع سريّة الحدث فتعتبر المدة من وقت المنع لأن ما قبل ذلك طهارة الوضوء ولا تقدير فيها إنما التقدير في التحقيق تقدير مدة منعه شرعاً وإنما منع من وقت الحدث فتح القدير ١٣١/١.

بين الغسل والمسح بخلاف الجمع بين الوضوء والمسح ، إذ الطهارة الكبرى مشروطة بغسل جميع الأعضاء ، فالجمع بينه وبين المسح جمع بين المتنافيين ، وأما الطهارة الصغرى فغير مشروطة بغسل الجمع ، فالجمع ههنا ممكن .

وأما محله ، فظهر القدم مبتدئاً من أصابع الرجل إلى جانب الساق .

وأما الخف الذي يجوز المسح عليه ، فهو ما يكون صالحاً لقطع المسافة ، والمشي المتتابع عادة ، بشرط أن يستر الكعبين وما تحتهما . كذا في فتاوى قاضيه خان<sup>(١)</sup> . والله أعلم .

### باب الحيض

الحيض في اللغة خروج الدم مطلقاً<sup>(٢)</sup> .

يقال : حاضت الأرنب إذا خرج منه الدم .

وفي الشريعة : خروج دم يحكم بأول رؤيته للمراهقة بالبلوغ .

وقيل : هو دم ينفضه رحم المرأة السليمة عن الداء والصغر<sup>(٣)</sup> .

وفي الوقاية : هو دم ينفضه رحم بالغة لا داء بها .

فقوله دم فيه وجوه ثلاثة :

(الأول) : أنه اصطلاح . يعني أنه في الشريعة اسم للدم .

(الثاني) : أنه مجاز بالحذف . أي خروج الدم .

(الثالث) : أنه مجاز بالمعنى ، ذكر الدم ، وأراد خروج الدم بقرينة توصيفه بقوله

ينفضه ، أي ينزله ويرسله فعبر عن الخروج بما هو خارج إذ هو مستلزم له . فلي تأمل .

وأسنده إلى رحم تحقيقاً لمعنى الحيض ، وتعييناً لمحل خروجه ، وهو الرحم والتقييد

(١) بهامش القناوي الهندية ٥٢/١ . وانظر ما يتعلق بالباب من أحكام في بدائع الصنائع ٧/١ فتح القدير

١٢٦/١ وما بعدها الدر المختار ٢٧١/١ المدونة ٤١/١ والام ٢٩/١ والمغني لابن قدامة ٢٩/١ شرح

المهذب ٥٠٢/١ - ٥٠٣ مغني المحتاج ٦٢/١ .

(٢) لسان العرب ١٠٧٠/٢ ترتيب القاموس ٧٥٠/١ .

(٣) قيد الرحم في التعريف بخروج دم الاستحاضة والجراح والسليمة من الداء بخروج النفاس لأن للنساء حكم

المريضة وهذا التعريف بناء على أن سمي الحيض خبثاً أما إن كان الحدث الكائن عن الدم المحرم للتلاوة

والمس كاسم الجنابة للمحدث الخاص فتعريفه : مانعة شرعية بسبب الدم المذكور عما اشترط فيه الطهارة

وعن الصوم والمسجد والقربان فتح القدير ١٤٢/١ .

بالبلوغ إشارة إلى بيان أوان الحيض، يعني أوانه البلوغ، إذ الصغيرة إذا رأت دمًا فليس بحيض.

وآختلفوا في أدنى مدة يحكم ببلوغها إذا رأت الدم، فمنهم من يقدره بست، ومنهم من يقدره بسبع، وأكثر المشايخ على التسع.

وقوله لا داء بها احتراز عن النفاس إذ الداء أعم من أن يكون عارضاً بسبب الولادة أو غيرها، ولا بد من قيد آخر بأن يقال: «ولا إياس» إذ الدم الذي تراه في المرأة في سن الإياس ليس بحيض، وسن الإياس خمس وخمسون وهو المختار<sup>(١)</sup>.

وحاصل الكلام أن الدماء المختصة بالنساء ثلاثة: حيض ونفاس واستحاضة.

فالحيض ما عرفته آنفاً، وأقل مدته ثلاثة أيام ولياليها، وأكثره عشرة أيام<sup>(٢)</sup>.

والنفاس هو الدم الذي يخرج عقيب الولادة، ولا حد لأقله، وأكثره أربعون.

والاستحاضة استفعال من الحيض. يقال: استحاضت المرأة إذا استمر بها الدم. وفي الشريعة اسم لدم نقص مدته عن أقل مدة الحيض، أو زاد على أكثره<sup>(٣)</sup>.

## كتاب الصلاة

لفظ الصلاة معناه في اللغة هو الدعاء<sup>(٤)</sup>، وعليه قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا دعيت أحدكم إلى طعام فليجب، فإن كان مفطراً فليأكل، وإن كان صائماً فليصل»<sup>(٥)</sup> أي فليدع لهم بالخير والبركة.

(١) المصدر السابق.

(٢) خلافاً للشافعية رضي الله عنهم في أقله أكثره فأقله عندهم يوم وليلة وأكثره خمسة عشر يوماً.

شرح المذهب: ٣٧٥/٢ - ٣٧٦.

(٣) انظر ما يتعلق بالباب من أحكام في فتح القدير ١٤١/١ بدائع الصنائع ٣٩/١ الدر المختار ٢٩٤/١٠ حاشية الدسوقي ١٦٧/١.

بداية المجتهد ٤٨/١ شرح المذهب ٣٧٣/٢ المغني لابن قدامة ٢٢٤/١.

(٤) لسان العرب: ١٤٩٠/٤.

(٥) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة ١٠٥٤/٢ كتاب النكاح باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة (١٤٣١/١٠٦).

وفي الشريعة عبارة عن الأركان المخصوصة، والأفعال المعلومة كالقيام والركوع والسجود، وما لا بد لها منه<sup>(١)</sup>.

والصلاة فريضة محكمة موقته، أي هي فريضة فرضها الله تعالى على عباده المكلفين فرضاً واضحاً جلياً ناطقاً، يكون فاعلها مؤمناً موقناً، إلا أنها فرض مؤقت. أي متعلق الأوقات المخصوصة المعلومة، وتلك الأوقات أسباب لوجوبها، إذ الإيجاب الذي هو وصف له تعالى [وتقدس]<sup>(٢)</sup> هو غيب عنا لا مطمع لنا في اطلاعنا عليه إلا بأمارات ظاهرة تدلنا على الإيجاب الغيبي الإلهي، فالإيجاب في التحقيق مسند إليه تعالى وتقدس، كما أن الإيجاد في الممكنات الموجودة كلها مسند إليه وحده لا شريك له، وفي الظاهر مسند إلى تلك الأوقات المعلومة، بحيث لا يجوز إخراجها عن تلك الأوقات. قال تعالى: ﴿أقم الصلاة إلى غسق الليل وقرآن الفجر﴾<sup>(٣)</sup>. قال الله تعالى: ﴿أقم الصلاة طرفي النهار وزلفاً من الليل﴾<sup>(٤)</sup> وقال عز قوله: ﴿فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون وله الحمد في السماوات والأرض وعشياً وحين تظهرون﴾<sup>(٥)</sup>. إلا أن تلك الأوقات مجملة فبينها رسول الله ﷺ بقوله وفعله، فهنا أمران يجب الاعتناء بشأنهما، ويفترض الاجتهاد في معرفتها الصلاة والأوقات. وكل من هذين الأمرين مجمل، والمجمل ما خفي بنفس اللفظ خفاء لا يدرك إلا ببيان من جانب المجمل.

فلفظ الصلاة معناه لغة هو الدعاء، وهو غير مراد من لفظه، بل المراد هو المعنى الشرعي، وهذا المعنى لا يمكن معرفته إلا ببيان الشارع، فبينه رسول الله ﷺ بفعله وقوله على الوجه الذي بلغنا منه، فدلالة لفظ الصلاة على المعنى الشرعي وعلى الصلوات الخمس وأعداد الركعات<sup>(٦)</sup> وما يقترن بهما من الفرائض والواجبات على الوجه المخصوص وبهذه الكيفية المخصوصة أمر مجمل لا يمكن الاهتداء إليه إلا ببيان الشارع.

فأصل الصلاة ثابت بنص الكتاب، والباقي في الظاهر ثابت بالسنة، وفي التحقيق الكل ثابت بالكتاب، إذ البيان في المجمل ملحق بالمجمل نفسه، والمجمل ثابت بالكتاب، فالملحق به أيضاً يكون ثابتاً بالكتاب.

وكما أن لفظ الصلاة مجمل، كذلك الأوقات التي هي أسباب لوجوبها مجملة، لا

(١) أنيس الفقهاء: ٦٧.

(٤) سورة هود: ١٤.

(٢) سقط في ب.

(٥) سورة الروم: ١٧ - ١٨.

(٣) سورة الإسراء: ٧٨.

(٦) ف. ب. ركعاتها.

يمكن دركها إلا ببيان الشارع. فأصل الوقت ثابت بالكتاب، لأنه قال تعالى: ﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً﴾<sup>(١)</sup> أي فرضاً مؤقتاً، متعلقة بوقت مخصوص لا يجوز إخراجها عن وقته.

وقال تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ وقد اختلفوا في تفسير الدلوك ففسره بعضهم بالغروب، وفسره الآخرون بالزوال.

قال صاحب الكشاف<sup>(٢)</sup>: «فإن كان الدلوك الزوال، فالآية جامعة للصلوات الخمس وإن كان الدلوك الغروب، فقد خرجت منها الظهر والعصر». «فقوله: ﴿إلى غسق الليل﴾ إشارة إلى وقت صلاة العشاء، فإن غسق الليل ظلمته، وقوله: ﴿وقرآن الفجر﴾ نصب عطف على الصلاة، أي أقم قرآن الفجر، فهو أمر بإقامة صلاة الفجر، إذ الصلاة تسمى قرآناً، إذ القراءة ركن من أركانها فهو تعبير عن الكل بلفظ الجزء على نمط قوله تعالى: ﴿وأسجدي وأركعي﴾<sup>(٣)</sup> فإذا فسر الدلوك بالزوال فالصلوات الخمس ثابتة بالآية. وأما الظهر والعصر فلائهما يجبان بعد الزوال، وكذلك<sup>(٤)</sup> المغرب، فإنه لما مد إقامة الصلاة بعد الدلوك إلى الغسق، دل ذلك على الصلوات الأربع الظهر والعصر والمغرب والعشاء، وقوله: ﴿وقرآن الفجر﴾ بيان لصلاة الفجر، فتمت دلالة الآية على الصلوات الخمس.

وأما قوله عز وجل: ﴿أقم الصلاة طرفي النهار وزلفاً من الليل﴾ ففيه أيضاً إشارة إلى الصلوات الخمس بتمامها، لأن طرفي النهار إشارة إلى صلاة الغدوة والعشية، فصلاة الغدوة هي صلاة الفجر وصلاة العشية هي صلاة الظهر والعصر، لأن ما بعد الزوال يعد عشيّاً.

وأما قوله تعالى: ﴿وزلفاً من الليل﴾ فمعناه وساعات من الليل قريبة من آخر النهار من أزلفه، إذا قربه. وصلاة الزلف هي المغرب والعشاء، فالزلف جمع زلفة، نحو برق جمع برقة، فتمت دلالة الآية على الصلوات الخمس. وإن جعل أحد الطرفين إشارة إلى صلاة الفجر، والطرف الآخر إشارة إلى صلاة المغرب، وزلفاً من الليل إشارة إلى صلاة العشاء، وكانت الآية الكريمة بياناً للصلوات الثلاث، والظهر والعصر خارج.

وأما قوله تعالى: ﴿فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون﴾ فمعناه حين تدخلون في المساء، وتدخلون في الصباح ﴿وحين تظهرون﴾ أي حين تدخلون في وقت الظهيرة،

(٣) سورة آل عمران: ٤٣.

(٤) في ب وكذا.

(١) سورة النساء: ١٠٣.

(٢) ١٩٥/٢.



فالدخول في المساء إشارة إلى صلاة المغرب، والدخول في الصباح إشارة إلى صلاة الفجر. وقوله: ﴿عِشَاءً﴾ إشارة إلى [صلاة] (١) العصر والعشاء و﴿تَظْهَرُونَ﴾ إشارة إلى صلاة الظهر (أو يقال: الدخول في المساء إشارة إلى صلاة المغرب والعشاء، وعِشَاءً إشارة إلى صلاة العصر) والباقي بحاله. فتكون الآية بياناً للصلوات الخمس. فقوله: ﴿فَسَبِّحْهُنَّ﴾ معناه خصوصه بالتقديس والتتزيه وبالعبادة في هذه الأوقات. ففيه إشارة إلى الصلاة لأن سبحة الله إشارة إلى تسبيح الركوع والسجود بطريق التعبير عن الكل بلفظ الجزء كالركوع والسجود، لأن ذلك إنما يجوز في الجزء الذي له مزية اختصاص بالكل لكونه فرضاً فيه لا يتصور وجود الكل بدون مثله، كالرقبة لا كاليد والرجل، وتسبيح الركوع ليس بفرض بل يتصور وجود هذا الكل بدون، فلي تأمل.

وبالجملة، فالصلاة وبيانها، والأوقات وبيانها مسند إلى الكتاب على ما نبهناك عليه فأفهم (٢).

## كتاب الزكاة

أصل الزكاة فرض، ثبتت فرضيته بالكتاب، قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ (٣) ولفظ الزكاة أيضاً لفظ مجمل، لأن معناه في اللغة هو النماء (٤)، وهو غير مراد. والمعنى الشرعي المراد غير معلوم. فلا سبيل إلى دركه إلا ببيان من قبل الشارع. وكما ثبتت فرضيته بالكتاب، كذلك ثبتت بالسنة (٥) وإجماع الأمة.

وبالجملة فالزكاة في اللغة هو النمو والزيادة، يقال: زكا الزرع، إذا نما وازداد. وسميت الزكاة زكاة إذ هي سبب لنمو المال وزيادته. قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ

(١) سقط في ب.

(٢) انظر ما يتعلق بالباب من أحكام في فتح القدير ١٩١/١ الدر المختار ٤٦٠/١، بدائع الصنائع ٨٩/١ الشرح الكبير ١٦٢/١ الدردير الشرح الصغير ٢٢٢/٢، الخرشي علي خليل ٢١١/١ روضة الطالبين ١٧٨/١. (٣) سورة النور: ٥٦.

(٤) لسان العرب ٣/١٨٤٩ ترتيب القاموس ٢/٤٦٤ المصباح المنير ١/٣٤٦.

(٥) منها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فذكر الحديث وفيه فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم فإن هم أطاعوا فأياك كرائم أموالهم. الحديث أخرجه البخاري ٣/٣٠٧ كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة (٣٩٥ - ١) ومسلم ١/٥٠ كتاب الإيمان باب الدعاء إلى الشهادتين (١٥٨٤).

شيء فهو يخلفه ﴿١﴾ وقال عز قوله: ﴿وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله، وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون﴾ (٢).

وقد جاء في اللغة بمعنى الطهارة، قال تعالى: ﴿وزكاة وكان تقياً﴾ (٣) أي طاهراً وسميت الزكاة زكاة، إذ هي مطهرة لصاحبها عن الذنوب والآثام. قال الله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها﴾ (٤).

وأما في الشريعة: فتطلق الزكاة على معنيين (٥):

الأول: إخراج طائفة من المال وصرفها إلى مصرفها الشرعي امتثالاً للأمر وأبتغاء للأجر، وهذا هو الملاثم لقوله ﷺ: أدوا زكاة أموالكم (٦).

الثاني: الجزء من المال الذي يؤدي بالنية المعبرة شرعاً، وهذا هو الملاثم لقوله تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾.

والمعنى الأول هو الملاثم لقولهم الزكاة واجبة إذ المتصف بالوجوب والفرضية إنما هو الأفعال لا الأعيان.

فالزكاة على هذا عبارة عن (إخراج) جزء من المال أو طائفة منه متعلق بنصاب كامل مملوك ملكاً تاماً إخراجاً صادراً عن حر مسلم بالغ عاقل غير مديون مصروف إلى مصرف مخصوص ناوياً إسقاط الفرض على وجه ينقطع نفعه عنه.

وتسمى الزكاة صدقة إذ هي تدل على صدق صاحبها في العبودية، وصدقه في الميثاق الأول ووفائه بعهده إذ ذاك. قال الله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾ (٧) وقال عز قوله: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها﴾ (٨).

(١) سورة سبأ: ٢٣٩.

(٢) سورة الروم: ٣٩.

(٣) سورة مريم: ١٣.

(٤) سورة التوبة: ١٠٣.

(٥) انظر المغرب ٢٣٣ المطلع ١٢٢.

(٦) أخرجه من حديث أبي أمامة الترمذي بلفظ سمعت رسول الله ﷺ يخطب في حجة الوداع فقال: اتقوا الله ربكم وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وأدوا زكاة أموالكم الحديث الترمذي ٥١٦/٢ (٦١٦) وقال حسن

صحيح.

(٧) سورة التوبة: ٦٠.

(٨) سورة التوبة: ١٠٣.

وأما ركنها في إخراج المال لله عز وجل في ضمن الصرف إلى الفقير. كذا في المحيط.

وأما سبب وجوبها فهو المال بقرينة الإضافة إليه. فإنهم يقولون زكاة مال التجارة، كما يقولون صلاة الظهر.

وأما حكمها فالسقوط عن الذمة في الدنيا ونيل الأجر والثواب في العقبى. وبالجملة ففيها قيود معتبرة شرعاً كما أشرنا إليه إجمالاً، وتفصيل القيود وتحقيق المباحث المتعلقة بهذا المقام يطلب من الشرحين<sup>(١)</sup>.

### كتاب الصوم

الصوم في اللغة هو الإمساك مطلقاً<sup>(٢)</sup>. يقال: صامت الماشية عن العلف أو أمسكت. وفي التنزيل ﴿فَقُولِي: إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْماً فَلَنْ أَكْلِمَ الْيَوْمَ إِنْسِيّاً﴾<sup>(٣)</sup> أي نذرت إمساكاً عن الكلام، فلا أكلم اليوم مع البشر.

وفي الشريعة: (عبارة عن) ترك الأكل والشرب والوطء من الصبح إلى المغرب مع النية. والمراد بالترك كف النفس عن المفطرات الثلاثة، وهو موجود في الناس<sup>(٤)</sup>.

وتحقيق المقام أن للصوم ركناً، وهو الكف مع النية، وله سبب، وهو شهود الشهر، وله شرط وجوب، وهو الإسلام والعقل والبلوغ، وله شرط وجوب أداء، وهو الصحة والإقامة، وشرط صحة أداء، وهو الطهارة عن الحيض والنفاس، وله حكم، وهو إسقاط الفرض في الدنيا، ونيل الزلفى في العقبى، فما لم تجتمع هذه الأمور لا يتحقق الصوم الشرعي، ولا يترتب عليه حكمه الشرعي.

(١) انظر ما يتعلق بالباب من أحكام في فتح القدير ١١٢/٢.

بدائع الصنائع ٨٢٣/٢ الميسوط ١٤٩/٢.

شرح المذهب ٣٥٣/٥ والمغني ٤٢٩/٢.

(٢) ومنه قول النابغة:

خيل صيام وخيل غير صائمة تحت العجاج وأخرى تعلل اللجما

الصالح ١٩٧٠/٥ ترتيب القاموس ٨٧١/٢ المصباح المنير ٤٨٢/٢ لسان العرب ٢٥٢٩/٤.

(٣) سورة مريم: ٢٦.

(٤) المغرب ٣١١/٢ المطلع ١٤٥.

والنية وإن كان أمراً لا بد منه في الصوم إلا أنه لا يجب وقوعها في الليل عندنا ويجوز وقوعها في النهار إلى الضحوة الكبرى. وعند الشافعي لا يجوز الفرض إلا بالنية في الليل.

وفي الخلاصة: ويجوز النية بالليل في كل صوم، وبالنهار قبل الزوال في النفل بالإجماع، وفي الفرض المعين عندنا، وهو صوم رمضان والنذر المعين وفيما سوى ذلك، وهو صوم القضاء وصوم كفارة اليمين والظهار وكفارة القتل وجزاء الصيد وكفارة رمضان لا يجوز بنية من النهار. انتهى.

المراد من الضحوة الكبرى نصف النهار الشرعي، لا النهار العامي. فالنهار الشرعي مبدؤه الصبح الصادق، ومنتهاه المغرب. والنهار العامي ما يقدره العامة يوماً ونهاراً، وأوله طلوع الشمس، وآخره غروبها<sup>(١)</sup>.

### كتاب الحج

المشهور في ألسنة الشيوخ المتقدمين كالشيخ أبي الحسن الكرخي<sup>(٢)</sup> والشيخ أبي جعفر الطحاوي<sup>(٣)</sup> وأضرابهما ومن يجري مجراهما: تلقيب الكتاب بكتاب المناسك. والمناسك جمع منسك - بفتح السين (ومعناه النسك، والنسك) عبارة عن كل ما يتقرب به إلى الله تعالى، إلا أنه في عرف العرب صار مخصوصاً بأفعال الحج والعمرة<sup>(٤)</sup>. ولما كان في هذه العبارة بعض الخفاء، وكان لفظ الحج أشهر وأظهر أثر المتأخرون هذه الطريقة، ولقبوا الكتاب بذلك، فهو مشهور يعرفه الكل، وهو المذكور في القرآن، فإثاره اقتداء به.

(١) انظر ما يتعلق بالباب من أحكام في بدائع الصنائع ١٠٥٥/٣ وحاشية ابن عابدين ٤٤٠/٢ المبسوط ١١٤/٣ شرح المذهب ٥٠٤/٦ والمغني ١٨٦/٦.

(٢) عبيد الله بن الحسين الكرخي أبو الحسن فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق ومن تصانيفه «رسالة» في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية.

توفي ٣٤٠هـ.

الأعلام ١٩٣/٤ الفوائد البهية (٧).

(٣) أحمد بن محمد الأزدي الطحاوي أبو جعفر فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر وتفقه على مذهب الشافعي ثم تحول حنفياً توفي سنة ٣٢١هـ.

الأعلام ٢٠٦/١.

الجواهر ١٠٢/١.

(٤) المغرب: ١٩/٢ أنيس الفقهاء (١٣٩).

ثم اعلم أن فرائض الله مع أعدادها كثيرة، وهي مع كثرتها منحصرة في أربعة أقسام :  
الأول: فرض فرضه الله تعالى على الإنسان حين بلغ البلوغ، ودخل في حد التكليف، ولم يكن له آفة الجنون، وهو معرفة الله عز وجل، وهو الإيمان إلى خروج روحه عن بدنه، بحيث لا يجوز خلوه عن هذا الفرض أصلاً.

الثاني: فرض فرضه الله تعالى في كل يوم وليلة خمس مرات، وهي الصلوات الخمس.

الثالث: فرض فرضه الله عز وجل في كل سنة مرة واحدة، وهو صوم رمضان والزكاة وصدقة الفطر والأضحية إذا اجتمعت شرائطها.

الرابع: ما فرضه الله تعالى في عمره مرة واحدة، وهو حج البيت من استطاع إليه سبيلاً.

فإذا عرفت ذلك فاعلم أن الحج في اللغة عبارة عن القصد مطلقاً<sup>(١)</sup>. وفي الشريعة عبارة عن قصد مخصوص إلى مكان مخصوص في زمان مخصوص. فالاسم شرعي فيه معنى اللغة.

فالقصد المخصوص عبارة عن قصد المحرم، وأما المكان المخصوص، فهو الكعبة المعظمة وعرفات، عظم الله تعالى قدرها، وأفاض علينا بركاتهما. وأما الوقت المخصوص، فهو أشهر الحج.

وفي النهاية: «المعنى الشرعي عبارة عن زيارة البيت على وجه التعظيم، لأداء ركن عظيم من أركان الدين» هذه عبارته.

وأما وصفه، فهو الفرضية إذا اجتمعت شرائطها. وأما سببه فالبيت، إذ هو مضاف إليه لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾<sup>(٢)</sup> فقله حج البيت من قبيل قولهم صلاة الظهر وصلاة العصر. إذ قد تقرر أن الأصل أن تضاف الأحكام إلى أسبابها. وأما ركنه فالإحرام والوقوف بعرفة وطواف الزيارة. وأما واجبه فالوقوف بمزدلفة ورمي الجمار والسعي والحلق وطواف الصدر لغير المكي. كذا في الكافي.

---

(١) الصحاح: ٣٠٣/١ لسان العرب ٧٧٨/٢ ترتيب القاموس ٥٩١/١ المصباح المنير ١٦٦/١.  
(٢) آل عمران: ٩٧.

وأما شرطه فقسمان: شرط الوجوب وشرط الأداء. أما شرط الوجوب فهو أمور خمسة: الاستطاعة والحرية والعقل والبلوغ والوقت، حتى لا يجب قبل أشهر الحج وأما شرط الأداء: فهو الزمان والمكان. والبواقي سنن وآداب.

وأما محظوره فقسمان: ما يتعلق بنفسه وهوسسته: الجماع والحلق وقلم الأظفار والتطيب وتغطية الرأس والوجه ولبس المخيط. والقسم الثاني: ما يفعله في غيره وهو تعرض صيد الحل والحرم، وقطع شجر الحرم كذا في النهاية والجامع الصغير لقاضيخان. وأما العمرة، فهي في اللغة عبارة عن الزيارة<sup>(١)</sup>، وفي الشريعة اسم لعبادة مخصوصة لها ركنان طواف وسعي. كذا في الوقاية.

وفي الكفاية: العمرة هي الإحرام. والطواف والسعي والحلق، إلا أن الإحرام شرط، والطواف ركن، والسعي والحلق واجبان.

وأما أن العمرة فرض أو سنة، ففيه خلاف، فعندنا هي سنة، وعند الشافعي فيها قولان، قديم وجديد. فهي سنة في الأول وفرض في الثاني.

وأما وقتها، فهو وسيع إذ السنة كلها وقت لها مطلقاً سواء كان أشهر الحج أو لم يكن، ولا يكره إلا في خمسة أيام: يوم عرفة وأربعة أيام بعدها.

ثم اعلم أن ههنا أموراً: الأفراد والقران والتمتع.

فالأفراد الإحرام بالحج فقط أو بالعمرة فقط، فإن كلاً من هذين القسمين يسمى إفراداً، وصاحبه يسمى مفرداً.

وكيفية الإحرام بالحج أن يقول المفرد بالحج: اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني، ثم لبي ينوي به الحج.

وكيفية الإحرام بالعمرة فقط أن يقول المفرد بالعمرة: اللهم إني أريد العمرة فيسرها لي وتقبلها مني، فيذكر العمرة بلسانه عند التلبية مع القصد بالقلب، ويقول لبيك لعمرة، ثم يأتي بأفعال العمرة، وهي أربعة: الطواف والسعي والإحرام والحلق.

أما القران، فهو في اللغة الجمع، وفي الشريعة الجمع (بين الحج) والعمرة في

١١٠/ص: ٧٥٧/٢ لسان العرب ١٣٠٢/٤: تب القاموس ٣/٣٠٩ المصباح المنه ٢/٥٨٧.

الإحرام ، بأن يحرم بهما من الميقات أو قبله في أشهر الحج أو قبلها<sup>(١)</sup>. ويقول : لبيك بحجة وعمره ، ثم يأتي بأفعال الحج ثانياً من غير أن يهل بينهما . وإليه أشار في الوقاية حيث قال : «القران أن يهل بحج وعمره معاً من الميقات» انتهى وفيه قصور وقد ذكرناه في شرحها ، فليرجع إليه .

فقله أن يهل بحج وعمره أي يرفع صوته بالتلبية فيقول لبيك بحجة وعمره .

وأما التمتع فهو أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج أو قبلها<sup>(٢)</sup> ، ويأتي بالعمرة في أشهر الحج ، ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ذلك قبل أن يلم بأهله الإماماً صحيحاً ، سواء أحل من عمرته أولاً . يعني لا يتفاوت في ذلك كون الإحرام - أعني إحرام الحج - واقعاً بعد أن حل من عمرته أو قبله . نص عليه في الجامع الصغير لقاضيخان وفي النهاية وشرح الطحاوي .

وبالجملة فالقانون الكلي في كل من القران والتمتع أن يقدم أفعال العمرة على أفعال الحج لقوله تعالى : ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾<sup>(٣)</sup> أي منتهياً إلى الحج .

فينبغي أن يكون الحج بعد العمرة حتى يتحقق الانتهاء إلى الحج .

والتمتع عبارة عن كون الشخص محظوظاً بفوائد الشيء . وهذا الناسك لما أخذ منفعة النسكين هذين ، وصار محظوظاً بهما في علم واحد سموه متمتعاً ، أي مقتبساً فوائدهما مستفيضاً بفيوضهما .

وإذا عرفت ذلك فأعلم أن الأئمة اختلفوا في الأفضل من هذه الأمور الثلاثة ، أيها أفضل . فعندنا القران أفضل .

وعند الشافعي : الأفراد أفضل .

وعند مالك : التمتع أفضل فالأمور ثلاثة ، والأئمة ثلاثة ، فكل منهم اختار واحداً منها<sup>(٤)</sup> .

(١) المغرب ١٧٣/٢ طلبية الطلبة ٣٢ المصباح المنير ٧٦٩/٢ .

(٢) الهداية ١٥٦/١ القرطبي ٧٦٠/١ بدائع الصنائع ١١٩٢/٣ المذهب ١٣٨/٧ والمغني ٢١٩/٣ .

(٣) البقرة : ١٩٦ .

(٤) يرجع في أحكام ذلك الكتاب إلى فتح القدير ٣١٧/٢ بدائع الصنائع ١١٨٩/٣ شرح المذهب ٣٥/٧ . شرح السنة ٢٣/٧ .



## كتاب النكاح

النكاح في اللغة جاء بمعنى الوطء وبمعنى العقد<sup>(١)</sup>. وفي الشريعة عبارة عن عقد مخصوص أحد ركنيه الإيجاب (والآخر) القبول بلفظ مخصوص، هو زوجت وتزوجت وزوجني وزوجت.

وقد يقال: هو ما ثبت به ملك البضع في المحل قصداً.

فقلوه قصداً احترازاً عما ثبت به ملك البضع ضمناً، كبيع جارية، فإنه عقد ثبت به ملك البضع ضمناً.

وأما شرطه فهو العقل والبلوغ والحرية، وكون المرأة محلاً للنكاح وسماع كل منهما لفظ الآخر، وحضور حرين مكلفين مسلمين فصاعداً سامعين معاً لفظهما خلافاً لمالك وابن أبي ليلى<sup>(٢)</sup> وعثمان البتي<sup>(٣)</sup>، فإن حضور الشاهدين ليس بشرط عندهم، بل الشرط هو الإعلان لقوله ﷺ: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»<sup>(٤)</sup>.

وكان لعائشة رضي الله عنها دف تعيره في الأنكحة.

وعندنا الحضور شرط لقوله ﷺ: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح، خاطب وولي وشاهدان» كذا في المبسوط<sup>(٥)</sup>.

وأما سماع الشاهدين كلام العاقلين ففيه خلاف. المذكور في الخلاصة: أن سماع الشاهدين كلام العاقلين ليس بشرط، حتى لو كانا أصمين جاز النكاح بمجرد حضورهما. ثم قال وعامة المشايخ على أن السماع شرط. نص عليه في فتاوى قاضيخان أيضاً.

(١) لسان العرب ٦٢٥/٢ معجم مقاييس اللغة ٧/٥ الصحاح ٤١٣/١ المغرب ٢٢٨/٢ الطلبة ٣٨.

(٢) محمد بن عبد الرحمن الأنصاري الكوفي فقيه من أصحاب الرأي توفي سنة ١٤٨ هـ.

ميزان الاعتدال ٨٧/٣ الوفيات ٤٥٢/١.

(٣) أبو عمر بن سليمان التابعي شيخ أهل البصرة والبتّي نسبة إلى البتّ موضع بنواحي البصرة أو الكساء الغليظ لأنه يبيع البتوت. طبقات ابن سعد ٢٧٥/٧.

(٤) أخرجه الترمذي ٣٩٨-٣٩٩ كتاب النكاح باب ما جاء في إعلان النكاح. وابن ماجه ٦١١/١ كتاب النكاح باب إعلان النكاح والبيهقي في السنن ٧/٢٩٠.

(٥) كذا فيه من حديث ابن عباس ٣٠/٥. وذكره في الذريعة في الأعداد الواردة في الشريعة بتحقيقنا.

وأما اجتماع الشاهدين في السماع فهو شرط، فإن سمعا متفرقين لم يجز<sup>(١)</sup>.

## كتاب الرضاع

الرضاع من أسباب الحرمة. وكان مقتضى القياس أن يذكر في باب المحرمات على نمط سائر أسباب الحرمة. إلا أن الفقهاء لما رأوا أنه مختص بمباحث غامضة ومسائل دقيقة، وكان ههنا أحكام كثيرة، أفردوه وجعلوا له كتاباً على حدة تنهياً على مزية خصوصيته بهذا الاعتبار.

والرضاع - بفتح الراء وكسرهما - لغتان<sup>(٢)</sup>، إلا أنهم جعلوا الفتح أصلاً والكسر لغة فيه، وفعله من باب علم أصلاً، ومن باب ضرب لغة فيه.

وبالجملة فالرضاع في اللغة مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة عن مص مخصوص، هو مص صبي رضيع من ثدي الأدمي في وقت مخصوص، وهو حولان ونصف، فههنا أمور مهمة:

الأول: أن الرضاع قليله وكثيره سواء في ثبوت الحرمة عندنا خلافاً للشافعي، فإنه لا يثبت الحرمة عنده إلا بخمس رضعات.

الثاني: أن مدة الرضاع ما هي؟ فعند أبي حنيفة: هي ثلاثون شهراً وعندهما حولان وعليه الشافعي. وعند زفر ثلاثة أحوال.

الثالث: أن مدة الرضاع على الاختلاف المذكور إذا مضت لا يتعلق به التحريم.

الرابع: أن لبن الشاة لا يتعلق به التحريم. والفقهاء فيه أن هذه النسبة لا يمكن حصولها إلا بعد إمكان الأمية، والبهيمة يمتنع أن تكون أما للأدمي فلا تصير أما رضاعية، إذ النسبة الرضاعية مرتبة على النسبة النسبية.

وفي المبسوط<sup>(٣)</sup>: كان محمد بن إسماعيل صاحب الأخبار أبو حفص الكبير وجعل

(١) انظر ما يتعلق بأحكام الكتاب في فتح القدير ٩٨/٣ حاشية ابن عابدين ١٠٠/٣ المبسوط ١٠٥/٥ تكملة المجموع ٤٠٢/١٥ المغني ١٧٦/٧.

(٢) لسان العرب: ٣/١٦٦٠ المصباح المنير ٣١٢/١ أنيس الفقهاء ١٥٢ بتصرف.

(٣) المبسوط ٢٩٧/٣.

يفتي، فقال له الشيخ لا تفعل، قلت: هذا لك، فأبى بصحبته فأفتى بثبوت الحرمة بلبن الشاة، فأجتمعوا وأخرجوه من بخارى بسبب هذه الفتوى<sup>(١)</sup>.

### كتاب الطلاق

الطلاق له معنى بحسب اللغة، وله معنى شرعاً، وله ركن، وله سبب، وله شرط، وله حكم، وله وصف، وله أقسام.

أما معناه لغة، فهو أن الطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقاً<sup>(٢)</sup>، وفيه إذن وجهان:

الأول: أنه اسم بمعنى التطليق، كالسلام بمعنى التسليم، والنكال بمعنى التنكيل، والكلام بمعنى التكليم. وعليه قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾<sup>(٣)</sup>.

وفي المبسوط<sup>(٤)</sup>: الطلاق في اللغة عبارة عن إزالة القيد، وهو مأخوذ من الإطلاق. يقال: أطلقت إبلي، وأطلقت أسيري، وأطلقت امرأتي. فالكل من الإطلاق وإنما اختلفت اللغة لاختلاف المعنى، ففي المرأة يتكرر الطلاق، وإذا تم رفع القيد بتكرر الطلاق لا يتأتى تقييد ثانياً في الحال، ففي التفعيل معنى المبالغة فلهذه النكتة صارت مختصة بالمرأة.

الثاني: أنه مصدر من طلقت المرأة - بالضم - طلاقاً، كالجمال من جمل - بالضم - وكالفساد من فسد - بالفتح -. والتركيب يدور على الحل والانحلال.

وأما معناه شرعاً فهو أن الطلاق في الشريعة عبارة عن لفظة صادرة من الزوج رافعة قيد النكاح عن المرأة المنكوحة.

وفسره بعض الفقهاء بأنه تصرف يعتمد وجوده صدور ركنه من أهله مضافاً إلى محله لحكمه على وجه يكون له ولاية عليه. فركنه قوله: أنت طالق ونحوه. وأهله كل عاقل بالغ متصف بصفة الزوجية، ومحله المنكوحة، وحكمه زوال الملك عن المحل.

وأما الثالث: فهو أن ركن الطلاق هو اللفظ الصادر عن المطلق كما سمعته آنفاً.

(١) انظر ما يتعلق بأحكام الكتاب في فتح القدير ٣/٣٠٤ الدرر ١/٣٥٥ مغني المحتاج ٣/٤١٤.

(٢) لسان العرب: ٤/٢٦٩٣ المصباح المنير ٢/٥١٤.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) ٢/٦.

وأما الرابع فهو أن سببه هو الاحتياج إليه لمكان مضاجرة الزوجين وعدم الموافقة بينهما.

وأما الخامس فهو أن شرط الطلاق من جانب الزوج كونه مكلفاً ذا ولاية شرعية على إيقاع الطلاق، ومن جانب الزوجة كونها منكوحة له، أي كونها في النكاح القائم أو في عدته التي هي صالحة لكونها محلاً للطلاق. كذا في النهاية، يعني أن شرط صحة الطلاق قيام النكاح أبو بقاء العدة الصالحة لإيقاعه. والقيد الأخير احتراز عن العدة المتعلقة بالمطلقة الثلاث.

وفي فتاوى تاتارخان: «وقيام ملك النكاح ليس بشرط لوقوع الطلاق وصحته فإن المختلفة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة<sup>(١)</sup>، وإن لم يكن ملك النكاح قائماً» فيشترط لصحة الطلاق إذن قيام النكاح أو العدة وقيام حل جواز العقد فإن كان بعدما طلقها واحدة أو اثنتين، وأنقضت عدتها، لو طلقها لا يصح الطلاق، وإن كان حل جواز العقد قائماً.

وأما السادس: فهو أن حكم الطلاق شرعاً هو زوال الملك عن المحل.

وفي فتاوى تاتارخان: وأما حكم الطلاق فزوال الملك عن المحل مع انتقاص العدد في البائن، وزوال الملك عند انقضاء العدة في الرجعي وزوال العقد متى أتم ثلاثاً. وفي النهاية كذلك بعينه.

وأما السابع: فهو أن وصفه أنه محظور نظراً إلى الأصل ومباح نظراً إلى الحاجة. وعند الشافعي عكسه.

وفي المبسوط: وإيقاع الطلاق مباح، وإن كان مبغوضاً في الأصل عند عامة العلماء، ومن الناس من يمنعه إلا عند الضرورة لقوله ﷺ: «لعن الله كل ذواق مطلق»<sup>(٢)</sup>. انتهى.

فإن قيل: قد ثبت أن الحسن بن علي رضي الله عنهما استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة: حتى قال علي رضي الله عنه على المنبر بالكوفة: إن ابني هذا مطلق فلا تزوجوه:

(١) خلافاً للجمهور في أن المختلفة لا يلحقها الطلاق. المغني ٧/ ٣٣٠ - ٣٣١.

(٢) لم نجده بهذا اللفظ وقد ذكره صاحب المبسوط ٢/ ٦ وورد بنحوه في الفتح الكبير من حديث أبي موسى رضي الله عنه «تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات» وعزاه للطبراني. انظر فيض القدير ٣/ ٢٤٢.

فقالوا: إنا نزوجهم ثم نزوجهم. كذا في المبسوط<sup>(١)</sup> وغيره، فكيف يصح ذلك وقد ورد وصح أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لعن الله كل ذواق مطلق»؟.

قلنا: علمه - بطريق البت - عند الله جل ذكره وعند رسول الله ﷺ. وأما بطريق الاحتمال فلعل وجهه أن المعتبر في اللعنة أمران:

الأول: أن يكون الغرض الأصلي من نكاحها أن يذوق طعمها ناوياً طلاقها.  
الثاني: تكثير الطلاق. والحسن رضي الله عنه ساحة غرة بريئة عن ذلك، وهو أعلى من أن تكون نيته ذلك، فلعل مراده تكثير الأولاد، وتشريف النسب وإفاضة البركات.  
وأما الثامن: فهو أن أقسامه مشهورة لا حاجة إلى ذكرها هنا فليتأمل<sup>(٢)</sup>.

### باب الإيلاء

اعلم أن التصرفات الشرعية التي يجوز للزوج مباشرتها بحكم ملك النكاح وهي تحريمات نافذة منه - أربعة: الأول: الطلاق. الثاني: الإيلاء. الثالث: الظهار. الرابع: اللعان.

ومن أراد علم الإيلاء فلا بد له من معرفة أمور: الأول: معناه لغة الثاني: معناه شرعاً. الثالث: سببه. الرابع: شرطه. الخامس: ركنه السادس: حكمه، فإن الأمور الشرعية مطلوبة لأحكامها الشرعية.

أما معناه لغة: فهو الحلف<sup>(٣)</sup>، إذ الإيلاء مصدر، يقال آلى يولي إيلاء، مثل أعطى يعطي إعطاء، وجمع الألية اليمين على فعلية، والجمع ألياء، قال الشاعر:  
قليل الألياء حافظ ليمينه وإن سبقت منه الألية وبرت

وأما معناه شرعاً<sup>(٤)</sup>: فهو منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعداً، مؤكداً باليمين، بأن يقول الرجل لامرأته: والله لا أقربك، أو: والله لا أقربك أربعة أشهر. وقد يقال

(١) ٣/٦.

(٢) انظر ما يتعلق بأحكام الكتاب في فتح القدير ٣/٣٢٥ تبين الحقائق ٢/٢١٤ مغني المحتاج ٣/٣٢٦ والمغني

٣٨٨/٧.

(٣) الصحاح ٦/٢٢٧٨ المصباح المنير ١/٣٥ المغرب ١/٤٤.

(٤) التعريفات ٢٧ الطلبة ٦١ حاشية ابن عابدين ٣/٤٢٢.

بعبارة أخرى، وهو أن الإيلاء في الشرع عبارة عن اليمين على ترك الوطء مدة مخصوصة على وجه لا يمكنه الوطء في المدة إلا بحث يلزمه بسبب اليمين.

وفي الوقاية: الإيلاء حلف يمنع وطء الزوج لامرأته مدة معلومة، وتلك المدة للحررة أربعة أشهر، وللأمة شهران. يعني أن أقل المدة هذا (ويجوز أن يكون أكثر من ذلك، فتعدى العدد، ولمنع جانب النقصان لا يمنع جانب الزيادة).

وأما سببه: فمما هو السبب في الطلاق من قيام المشاجرة وعدم الموافقة على وجه الانتظار لوعده الله عز وجل في كتاب الله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً، فالشرع خيره في هذا بين الطلاق الرجعي، إذ التدارك فيه غير مستعقب مكروهاً، وبين الإيلاء إذ التدارك ههنا لا يتضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الرجعي، نص عليه في النهاية.

وأما شرطه في حق المحلل، فكون المرأة منكوحة، وفي حق الحالف كونه أهلاً للتطليق عنده، وكونه أهلاً لوجوب الكفارة عندهما، وفي حق اليمين أن لا يكون المدة أقل من أربعة أشهر أو شهرين.

وأما ركنه في حق اليمين بالله، فإن يقول: لا أقربك أربعة أشهر وما أشبه ذلك من ذكر اسم من أسماء الله تعالى، وفي حق اليمين بغير الله فإن يذكر الشرط والجزاء، مثل أن يقول إن قربتك فعبدني حر أو فعلي حج أو صوم وما أشبه ذلك كسائر الأيمان التعليقية.

وأما حكمه: فهو طلاقه بآئنة إن بر، والكفارة أو الجزاء إن حنث. والمراد بالبر العمل بمقتضى اليمين، وبالحنث ترك العمل بموجبه.

ففي قوله: والله لا أقربك أربعة أشهر، إن مضى أربعة أشهر ولم يقربها فهو بار، أي إن ترك القربان في هذه المدة بر، وإن قربها قبل مضي هذه المدة فهو حانث. يعني أن القربان حنث.

فقولنا وحكمه طلاقه بآئنة إن بر، معناه أن حكمه المتعلق بالبر وقوع الطلاق بعد مضي أربعة أشهر. وقولنا والكفارة والجزاء إن حنث، معناه أن الحكم المتعلق بالحنث في اليمين بالله تعالى هو الكفارة، إذ الحنث يقتضي الكفارة قال الله تعالى: ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته...﴾ (١) الآية.

فإن قيل آية الإيلاء قاضية بعدم وجوب الكفارة على تقدير الحنث، قال الله تعالى:

﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق، فإن الله سميع عليم﴾ والمراد بالفيء الجماع.

فقوله: (إن فاؤوا) أي رجعوا في الأربعة الأشهر، وبالجملة فالموعود على تقدير الفيء والحنث هو المغفرة والعفو، وهذا يقتضي ترك المؤاخذة عاجلاً وأجلاً. فبأي دليل أوجبوا الكفارة.

قلنا: العفو في الآخرة لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا، كذا قيل، والتحقيق ههنا أن النصوص الموجبة لكفارة اليمين من الكتاب والسنة على تقدير الحنث قاطعة والعفو والمغفرة على هذا التقدير غير قاطعة في سقوط الكفارة. فوجب العمل بمقتضى النص القاطع إذن.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان، فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتُمْ، واحفظوا أيمانكم﴾<sup>(١)</sup>.

فقد جعل الله عز وجل كما ترى كفارة اليمين من موجباته ومقتضياته على تقدير الحنث، ولا يخفى أن الإيلاء يمين مقرونة بالحنث على تقدير الفيء وهو الجماع فوجبت الكفارة فيها. وإطلاق العفو والمغفرة على الإجمال لا يدل على سقوطها.

وأما السنة فقوله ﷺ: «يا عبد الرحمن إذا حلفت على يمين، فرأيت غيرها خيراً منها، فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك»<sup>(٢)</sup>. فقد جعل رسول الله ﷺ الكفارة كما ترى من مقتضيات الحلف المقرون بالحنث والوطء في المدة حنث، فوجبت الكفارة. وأما العفو والمغفرة فهي محمولة على عفو الآخرة فلا ينافي كفارة الدنيا. كذا قيل.

وقد أورد بعض شراح الهداية ههنا مناقشة فاسدة، وهي أن اللازم بالإيلاء أحد الأمرين، إما الفيء، وإما عزيمة الطلاق، ولا كفارة في الثاني، فلا يكون في الأول أيضاً. وفساد هذه المناقشة ظاهر، إذ الكفارة إنما تترتب على الحنث ولا حنث في الثاني، فلا معنى لإيجاب الكفارة فيه، إنما الحنث في الأول، فتكون الكفارة مخصوصة به.

(١) سورة المائدة: ٨٩.

(٢) أخرجه البخاري ١٢٣/١٣ - ١٢٤ كتاب الأحكام باب لكن لم يسأل الإمامة (٧١٤٦) ومسلم ٣/١٢٧٣.

١٢٧٤ كتاب الإيمان باب نذب من حلف يميناً (١٩-١٦٥٢).



وبالجملة، فالإيلاء يمين أمرها عجيب، بين الإيمان، إذ هو مخالف لسائر الأيمان، إذ الحالف لا يلزمه شيء بالبر في سائر الأيمان، والإيلاء بره تطليقة بائنة، وحثه كفارة لازمة أو غرامه لازمة، ومن ههنا ترى المشايخ يقولون: الإيلاء لا يخلو عن أحد المكروهين: إما طلاق ضراء. أو كفارة أو جزاء، وكان شيخي علاء الإسلام مفتي الأنام رفع الله تعالى درجته في دار السلام كثيراً ما يقول في هذا المقام بهذه العبارة: أكرباي واست بيش من نهى شكرانه و أكرباي جب بيش من نهى جرمانه.

فإن قيل: الآية الكريمة دلالتها على وقوع الطلاق على تقدير ترك الفيء ظاهرة، لمكان التقابل المشعر بذلك، ويساعده ما روي عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما: أنهما فسرا عزيمة الطلاق بأنقضاء الأربعة الأشهر، ثم قالوا: أي أوجبوا الطلاق بترك الفيء. وأما أن هذه الطلقة بائنة أو رجعية، فلا دلالة للآية الكريمة عليها، فبأي دليل جعلوا هذه الطلقة بائنة؟ لم لا يجوز أن تكون رجعية، كما روي في الموطأ عن ابن المسيب؟

قلنا: إنما جعلوها بائنة بمقتضى إشارة الكتاب، فإن قوله الكريم: ﴿فإن الله سميع عليم﴾ في معرض التهديد على ترك الفيء وإيجاب الطلاق أي إن الله سميع لكلمتهم، أي الألفاظ التي يتكلمون بها في الإيلاء عليم بعزيمتهم، أي بالنية التي في نفوسهم، أو القصد الذي في قلوبهم: من الإضرار بالنساء، ومنع حقوقهن في المدة فيجزي لصنيعهم هذا جزاء يليق به في قاعدة الحكمة، ففيه إشارة إلى أن الطلقة بائنة، إذ هي مقرونة بنية الطلاق في غير الصريح، ففي إيجاب الطلقة البائنة زجر لهم عما أقدموا عليه بمقتضى التهديد، فتكون بائنة، إذ لا زجر في الرجعي. فليتأمل ففيه دقة لم يذكرها أحد<sup>(١)</sup>.

### باب الخلع

اعلم أن الخلع باب من أبواب الطلاق، ولا بد لمن يطلب علم الباب من معرفة أمور، الأول: معنى الخلع لغة. الثاني: معناه شرعاً. الثالث: شرطه الرابع: حكمه. الخامس: وصفه.

أما الأول فبيانه أنه مأخوذ من قولهم خلع ثوبه من بدنه، أي نزع وأخرجه قال الله

(١) انظر ما يتعلق بأحكام الكتاب في فتح القدير ١٨٨/٤ حاشية ابن عابدين ٤٤٢/٣ مغني المحتاج ٣/٣٤٣ والمغني ٥٣٦/٧ بداية المجتهد ٩٨/٢.

تعالى : ﴿فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ﴾<sup>(١)</sup> والمصدر الخلع - بفتح الخاء - والخلع بالضم اسم المصدر . وفي المغرب<sup>(٢)</sup> : خلع الملبوس نزع . يقال خلع ثوبه عن بدنه ، وخلع نعله عن رجله . وخالعت المرأة زوجها ، واختلعت منه : إذا آفدت منه بمالها ، فإذا أجابها إلى ذلك وطلقها قبل خلعه ، والاسم الخلع بالضم<sup>(٣)</sup> .

وإنما قيل ذلك ، لأن كلاً منهما لباس لصاحبه ، فإذا فعلا ذلك فكأنهما نزعا لباسهما . انتهى .

وذكر الخلع ههنا ترشيح للاستعارة الواقعة في اللباس في قوله تعالى : ﴿هَنَ لِبَاسَ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهَا﴾<sup>(٤)</sup> فإنه لما استعير اسم اللباس لكل من الزوجين بجامع الستر ، أي ستر ما لا ينبغي أن يظهر ، حسن ترشيح هذه الاستعارة بذكر الخلع المناسب للمستعار منه .

وأما الثاني : فهو أن الخلع عبارة عن أخذ الزوج مالا من المرأة مقابلاً لملك النكاح . فهو إذا معاوضة من الطرفين ، والله عز وجل سمي الخلع فداءً وآفتداءً كما أشار إليه بقوله الكريم : ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ ، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(٥)</sup> . أي إن خفتم ترك إقامة الزوجين ما يفترض عليهما من حقوق الزوجية فلا إثم عليهما ، لا على الرجل فيما أخذ ، ولا على المرأة فيما أعطته ، وذكر الفداء أيضاً ههنا ترشيح لاستعارة الأسارى للنساء ، لأن النبي ﷺ سمي النساء أسارى حيث قال عليه الصلاة والسلام : «اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان»<sup>(٦)</sup> والعوان : جمع العاني والعاني الأسير ، فذكر الفداء إذا ترشيح للاستعارة المذكورة .

وأما شرط الخلع ، فهو شرط الطلاق ، إذ الخلع طلاق بائن لقوله عليه الصلاة والسلام : «الخلع تطليقة بائنة»<sup>(٦)</sup> ولأنه من كنايات الطلاق ، فيكون الواقع طلاقاً بائناً .

وأما حكمه ، فهو أنه طلاق بائن كما سمعته آنفاً .

(١) سورة طه : ١٢ .

(٢) ١٦٥ / ١ (٢)

(٣) الصحاح ١٢٠٥ / ٣ المصباح المنير ٢٧٤ / ١ معجم مقاييس اللغة ٢ / ٢٠٩ .

(٤) سورة البقرة : ١٨٧ .

(٥) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ٥٩٤ / ١ بلفظ «استوصوا بالنساء خيراً فإنهم عندكم عوان» .

وأما وصفه، فهو أنه يمين من جانب الزوج، إذ هو في التحقيق تطليق معلق بالمال ومعاوضة من جانب الزوجة، إذ المال عوض محض<sup>(١)</sup>.

### باب الظهار

الظهار في اللغة عبارة عن قول الرجل أنت علي كظهر أمي<sup>(٢)</sup>، مأخوذ من الظهر كذا في الصحاح وغيره.

وفي الشريعة عبارة عن تشبيه المحللة بالمحرمة التي حرمتها مؤبدة كالأم والأخت والبنت والخالة والعمة، سواء كانت ناشئة من جهة النسب أو من جهة الرضاع أو من جهة المصاهرة. وكذا إذا شبه بعضو شائع أو معبر به عن جميع البدن. كذا في غاية البيان. والمراد بالمحللة المنكوحة، فلا ظهار في الجارية وإن كانت محللة.

وفي الوقاية: الظهار تشبيه زوجته، أو تشبيه ماعبر به عن بدنها، أو تشبيه جزء شائع من زوجته بعضو محرم نظره إليه من أعضاء محارمه نسباً أو رضاعاً. انتهى.

ثم إن المشبه لا يجب أن يكون نفس المنكوحة، بل يجوز أن يكون جزؤها أيضاً ثم إن الجزء لا ينحصر في الجزء الذي يعبر به عن الكل كالرقبة كما تقرر في باب المجاز، بل قد يكون غير ذلك أيضاً. ثم إن المشبه به عن كل تقدير يجب أن يكون عضواً محرماً، أي يكون النظر إليه حراماً. فقوله أنت علي كأمي أو مثل أمي ليس بظهار جزماً، بل يحتمله، فإذا قصد الظهار فيه، فهو على تقدير المضاف ونيته، أي أنت علي كظهر أمي.

وركن الظهار قوله أنت علي كظهر أمي، فإذا قال ذلك، يقع الظهار به سواء وجدت النية أو لم توجد، لأن هذا اللفظ صريح لفظ الظهار، والصريح غير محتاج إلى النية.

وأما حكم الظهار في الشرع، فهو تحريم مؤقت إلى وجود الكفارة، والظهار ليس بطلاق أصلاً، بل هو تحريم معلق بالكفارة، فإذا أدى الكفارة حلت عليه امرأته.

وتحقيق ذلك وتوضيحه أن الظهار بمنزلة الحيض. وكما أن الحيض إذا نزل حرم عليه الجماع بلا طلاق ولا زوال ملك النكاح، فإذا زال الحيض وعاد الطهر حلت المرأة، أي جاز

(١) انظر ما يتعلق بأحكام الكتاب في الدرر ١/٣٨٩ فتح القدير ٤/٢١١ حاشية ابن عابدين ٣/٤٣٩ مغني المحتاج ٣/٢٦٢ المغني ٧/٣٢٣.

(٢) الصحاح: ٢/٧٣٠ المغرب ٢/٣٦ المصباح المنير ٢/٥٩٠.

جماعها، فكذاك الظهار بمنزلة الحيض، والكفارة بمنزلة الطهر، فأداء الكفارة إذهاب للظهار، كمجيء الطهر إذهاب للحيض.

فالظهار قبل ظهور الإسلام كان طلاقاً في الجاهلية محرماً للجماع مزيلاً لملك النكاح، فلما جاء الإسلام غير الشرع وصفه، وقرر أصله.

والأصل في الظهار قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به، والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾<sup>(١)</sup>.

فإذا ثبت أن الوطء حرام قبل الكفارة، فأعلم أن دواعي الوطء أيضاً حرام كمسها وتقبيلها كما في الإحرام والاعتكاف والاستبراء، ففي هذه الأربعة أي الظهار والإحرام والاعتكاف والاستبراء الوطء ممنوع، ودواعيه أيضاً ممنوعة: تحرزاً عن الوقوع في الحرام، فمن حام حول الحمى أوشك أن يقع فيه.

فإن قيل: هذه العلة موجودة في حالة الحيض والنفاس والصوم أيضاً مع أن الدواعي ههنا ليست بمحرمة، فما الفرق بينها وبين ما نحن فيه؟. بينوا تؤجروا.

قلنا: الفرق أن الأربعة السابقة يقل وجودها، فالمنع عن الدواعي هناك ليس بحرج، بخلاف هذه الثلاثة، فإنه يكثر وجودها، فالمنع ههنا حرج والحرج مدفوع في الشرع.

فإن قيل: ما الحكمة في أن جعل الله تعالى نفس الظهار تحريماً ثم جعل ذلك التحريم مرتفعاً بالكفارة الغليظة؟

قلنا: أما سره بطريق القطع والجزم، فعلمه عند الله تعالى. وأما سره بطريق الاحتمال، فهو أن الظهار جنابة غليظة، إذ الله عز وجل سماه منكراً من القول وزوراً، أي هو قول تنكره الحقيقة والشرعية، إذ هو كذب محض وباطل صرف، فأقتضت الحكمة المقدسة أن يجازى قائله بمنعه عن لذة هي غاية اللذات وأقصاها، ثم يجعل ذلك المنع منتهياً بغرامة مالية هي أشد على نفس الشحيح من كل شديد، ليكون جمعاً بين الخسارتين، إذ قد كان قوله جمعاً بين القطعين المتعلقين باللذتين، أي قطع اللذة المتعلقة بالمنكوحة واللذة المتعلقة لنفسه، والمقصود بكل ذلك زجره على أبلغ الوجوه عن الإقدام على مثله ﴿يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبداً إن كنتم مؤمنين﴾<sup>(٢)</sup>.

(١) سورة المجادلة: ٣.

(٢) سورة النور: ١٧ انظر تبين الحقائق ٣/٣٩٣ مغني المحتاج ٣/٣٥٢ المغني ٣/٨.

## باب اللعان

اعلم أن اللعان له معنى بحسب اللغة وله معنى بحسب الشرع ، ولمعناه الشرعي سبب وله شرط وله ركن وله حكم .

أما الأول : فهو أن اللعان مصدر لاعن يلاعن مصدره الملاعنة واللعان كالمقاتلة<sup>(١)</sup> والقتال مصدر قاتل يقاتل ، وأصله اللعن ، وهو الطرد والإبعاد ، ولاعن الرجل امرأته ، إذا قذفها بالفجور . كذا قاله ابن دريد ثم قال : وهذه كلمة إسلامية لم تعرف في الجاهلية ، ومصدره الملاعنة واللعان انتهى .

وأما معناه الشرعي فهو ما يجري بين الزوجين من الشهادات الأربع مقرونة باللعن في الغضب في الجانبين ، وسميت الشهادات لعناً ، إذ هي مشتملة على ذكر اللعن ، كالصلاة تسمى ركوعاً لاشتغالها على الركوع ، وكالتحيات تسمى تشهداً لاشتغالها على التشهد .

وأما سببه ، أي سبب وجوبه ، فهو قذف الزوج زوجته قذفاً صحيحاً . كذا في غاية البيان . ثم قال : ويفتي<sup>(٢)</sup> بالصحيح : ما يكون موجباً للحد في حق الأجانب بأن كان عاقلاً بالغاً ، وكانت الزوجة أيضاً عاقلة بالغة ، إذ القذف من الصغير والمجنون ليس موجباً للحد ، لعدم الجنائية ، وكذلك قذف المجنونة والصغيرة بالزنا ، فإنه كذب محض ، إذ لا يتصور الزنا منهما ، فلا يكون قذفاً صحيحاً .

وشروطه أن يكونا زوجين حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف ، وأن يكون النكاح بينهما صحيحاً ، سواء دخل بها أو لم يدخل . انتهى .

وفي الوقاية : من قذف بالزنا زوجته العفيفة ، أو نفى ولدها وطالبت به لاعن . انتهى .

فقوله من قذف لاعن إشارة إلى بيان السبب . يعني أن السبب أمران : نسبته إلى الزنا ، ونفي ولدها ، وكل منهما قذف ، فالقذف بهذا الطريق سبب اللعان . وقوله زوجته إشارة إلى شرطه ، يعني أن شرط اللعان قيام الزوجية بينهما حين اللعان ، حتى لو صارت مطلقة بعد القذف وقبل اللعان لما وجب اللعان .

(١) الصحاح : ٦/ ٢١٩٦ لسان العرب ١٣/ ٣٨٧ .

(٢) في ب ونعني .

وأما ركن اللعان، فالشهادات المذكورة<sup>(١)</sup> بالإيمان بالطريق المذكور في القرآن. وأما حكم اللعان فهو الحرمة، أي حرمة الوطء بعد التلاعن كما فرغا من اللعان لكن لا تقع الفرقة بنفس اللعان. بل يفرق القاضي بينهما، ويكون هذا التفريق تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد. فإذا أمتنع الزوج عن التطليق فالقاضي يفرق بينهما. كذا في الهداية. ثم قال: ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان. انتهى.

وفي الوقاية: ثم يفرق القاضي بينهما، وينفي نسبه عن أبيه، ويلحقه بأمه، فيقول: قد ألزمت أمه، وأخرجته من نسب الأب، حتى لو لم يقل القاضي ذلك لا ينتفي نسبه عنه، إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي النسب.

وفي الوقاية: فإن أكذب الزوج نفسه حد، وحل له نكاحها. أما الحد فلأنه أقرب بوجوب الحد على نفسه. وأما حل النكاح، فلأنه لما حد لم يبق أهلاً للشهادة، وإذا بطلت أهلية الشهادة، بطل كونه أهلاً لللعان، وإذا بطلت أهلية اللعان، بطل حكم اللعان، وهو التحريم المؤبد الذي دل عليه الحديث المذكور<sup>(٢)</sup>.

### باب العدة

اعلم أنهم فسروا العدة بتربص يلزم المرأة من جهة زوال نكاح متأكد بالدخول أو بالموت أو بالخلوة الصحيحة أو بزوال شبهة النكاح.

وفي غاية البيان: العدة هي: التربص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح أو شبهته. انتهى. ولا يخفى أن هذا التعريف غير تام وكذا التعريف الأول، إذ هو منقوض بأم ولد أعتقها مولاه.

### باب التدبير

التدبير في اللغة عبارة عن النظر في عاقبة الأمر. وفي الشريعة<sup>(٣)</sup> عن إثبات العتق في المملوك بعد موت المالك، فإنه إذا تكلم بالفاظ التدبير، فقد أثبت في حياته كون مملوكه معتقاً بعد مماته، فالإثبات في الحياة، والحصول أي حصول العتق له بعد الممات.

(١) في ب المؤكدة.

(٢) انظر أحكام الكتاب: الكفاية ١١١/٤ حاشية ابن عابدين ٤٨٢/٣ مغني المحتاج ٣/٣٦٧.

(٣) شرح فتح القدير ١٨/٥ الاختيار ٤/٢٨.

وقول الفقهاء في تفسيره : هو الإعتاق عن دبر فيه خفاء . فإن كلمة عن ههنا بمعنى بعد أي التدبير هو الإعتاق بعد دبر . ولا يخفى أن الإعتاق في حال الحياة لا بعد الممات ، فوجهه أن يجعل بعد متعلقاً بما في الإعتاق من معنى العتق ، بل بحصول العتق ، أي التدبير هو إثبات عتق حاصل بعد موته ، ونظير قولهم ههنا تفسير الوصية حيث قالوا : الوصية هي إيجاب بعد الموت ، وستسمع توجيهه في كتاب الوصايا .

### كتاب الأيمان

اعلم أن الأيمان مطلقاً قسمان : أيمان تعليلية وأيمان غير تعليلية . فالأيمان التعليلية هي ما تشتمل على ذكر الشرط والجزاء نحو إن دخلت الدار فأنت طالق . فإن التعليقات مطلقاً عندهم من قبيل الأيمان . وإنما سميت التعليقات أيماناً لاشتراكهما في معنى المنع والحمل ، فهذه النكته تسمى التعليقات تارة يميناً وتارة حلفاً . ولهذا صدر الفقهاء الباب الموضوع للتعليقات المتعلقة بالطلاق بباب الحلف كما فعله صاحب الوقاية ولقبه صاحب الهداية بباب الأيمان ، ولقبه صاحب الكافي بباب التعليق ، والكل حاصله واحد .

ولأن التعليقات عندهم أيمان تراهم في المحاورات يقولون : حلف فلان بطلاق امرأته أو بعتاق عبده ، والأصل ههنا أن المقصود من اليمين هو المنع والحمل ، إذ الإنسان إذا دعت نفسه إلى مباشرة شيء أو إلى تركه ، وعقله ودينه يمتنعان عن ذلك ، ولكن لا يقدر على مخالفة نفسه وهواه وقهر طبعه ، وأراد الفعل أو الترك : يرتكب الحلف بالله تعالى حتى يقدر على مخالفة طبعه ونفسه وهواه ، لأن هتك حرمة اسم الله تعالى أمر قبيح في جميع الملل والأديان ، فلا يرتكبه المسلم بقدر الإمكان ، فيحصل مقصوده إذن من المنع أو الحمل .

ولما كانت التعليقات تلو الحلف بالله منعاً أو تركاً سموها أيماناً ، إذ الحيلة محل سكنه ومعدن أنسه ومدفع حزنه ووحشته ، وكذا عبده وماله الذي حُب إليه ، فترك كل منهما أمر عسير غير يسير ، فتناسب تسمية التعليق يميناً وحلفاً بهذا الاعتبار .

فإن قيل : نحن نجد كثيراً من التعليقات خالية عن معنى المنع والترك نحو : إن خفت فأنت طالق . وإذا جاء العيد فأنت طالق ، ونحو ذلك فما نفعل بها .

قلنا : إطلاق الأيمان على التعليقات تغليب ، فلا إشكال ، فليفهم .

وأما الثاني : أي الإيمان التي هي ليست بتعليقية ، ونحن بصددنا الآن فهي ما تشتمل على ذكر اسم من أسماء الله تعالى ، أو على ذكر صفة من صفاته الحسنى ، فإن معنى اليمين هو القسم ، وفسروه بأنه جملة إنشائية تؤكد بها جملة أخرى غير إنشائية كقولك حلفت بالله لأخرجن . فإن قولك حلفت بالله جملة إنشائية ، وقولك لأخرجن جملة غير إنشائية وقد أكدت الجملة الثانية بالجملة الأولى .

فالجملة التأكيدية ، وهي جملة حلفت بالله تسمى قسماً ، والجملة المؤكدة وهي لأخرجن وتسمى مقسماً عليه ، والاسم المقدس يسمى مقسماً به .

ثم إن الجملة القسمية التي سمينها جملة تأكيدية قد تكون مركبة من الفعل والفاعل كقولهم : أقسمت بالله ، وحلفت بالله ، وآليت بالله ، وأشهد الله وما أشبه ذلك ، وقد تكون مركبة من المبتدأ والخبر كقولهم : علي عهد الله إن فعلت كذا أو إن لم أفعل كذا . فقوله عهد الله مبتدأ ، وقوله علي خبر مقدم وكقولهم لعمر ك لأفعلن كذا ، أصله لعمر ك قسمي أو يميني ، فهذا أيضاً مبتدأ وخبر إلا أن اللام الابتدائية داخلية على الخبر ، وجاز دخوله في مثل هذا المقام إذ الخبر عند التقدير مقدم على المبتدأ ، كقولهم : القائم زيد .

ثم إنهم قد يحذفون الفعل الذي هو حلفت وأقسمت ، فيقال : بالله لأفعلن فحرف الجر متعلق بالعامل المحذوف لا بالفعل المذكور ، لأن ما بعد لام الابتداء لا يعمل فيما قبله .

وإذا عرفت هذه الفوائد فاعلم أن اليمين ثلاثة أقسام :

القسم الأول : يمين غموس .

القسم الثاني : يمين لغو .

القسم الثالث : يمين منعقدة .

أما اليمين الغموس ، فهو الحلف على إثبات شيء أو نفيه في الماضي أو في الحال بطريق الكذب عمداً .

وفي الوقاية : الغموس حلفه على فعل أو ترك ماض كاذباً عمداً .

فقد أخذ في تعريف الغموس كونه ماضياً كما ترى ، ولا يجب كونه ماضياً .

وأما اليمين اللغو فهو الحلف على أمر يظنه واقعاً أو غير واقع . والأمربخلاف ما يظنه .



وفي الهداية: ويمين اللغو يحلف على أمر من الماضي وهو يظن أنه كما قال، والأمر بخلافه، فقد أخذ في تعريفه الماضي، ولا يجب كونه ماضياً كما صرح به بعده بقوله:

ومن اللغو أن يقول بالله إنه لزيد يظنه زيداً مع أنه عمرو ولا زيد، وهذا القسم من اليمين يرجى عفوّه وأن لا يؤخذ الله تعالى بها صاحبها.

وأما اليمين المنعقدة: فهو الحلف على أمر فعل أو ترك في الاستقبال ولا كفارة بعد الحنث إلا في هذا القسم.

وههنا إشكال موجه، وهو أنه قد تقرر أن اليمين موضوعة للحمل أو المنع إذ الغرض الذي وضعت اليمين لأجله إنما هو ذلك، وهذا المعنى غير متصور في الغموس واللغو، فكيف يصح تقسيم الأيمان إلى هذه الأقسام:

والتقصي عن هذا الإشكال ذكرناه في شرح الوقاية مع فوائد أخرى شريفة، من حاول الاطلاع، فليرجع إليه.

ومما يجب أن يعلم هنا أن تحريم الحلال أيضاً يمين لقوله تعالى: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾<sup>(١)</sup> إلى قوله تعالى: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾<sup>(٢)</sup> فإله تعالى سمى تحريم الحلال يميناً، إذ هو مشتمل على المنع كالذي نزلت فيه الآية، أو على الحمل كغيره، فالأيمان إذاً ثلاثة أقسام تعليقات وتحريمات وتصديرات. أي تصدير الكلام باسم من الأسماء الحسنى أو صفة من الصفات العليا. هكذا يجب أن يحقق هذا المقام.

تنبيه: اعلم أن الكفارة من الكفر. في المغرب<sup>(٣)</sup>: الكفر في الأصل الستر، يقال: كفره إذا ستره. ومنه الحديث في ذكر الجهاد «هل ذلك مكفر عنه خطايا»<sup>(٤)</sup> أي هل يكفر القتل في سبيل الله ذنوبه؟ فقال: نعم إلا الدين. أي إلا ذنب الدين، فإنه لا بد من قضائه.

والكفارة منه، لأنها تكفر الذنوب، ومنها كفر عن يمينه. وأما قولهم كفر يمينه فعامي. انتهى.

وتحقيقه أن كفر معناه في الأصل ستر. والكفار صيغة المبالغة كالقتال من قتل والكفارة

(١) سورة التحريم: ١.

(٢) سورة التحريم: ٢.

(٣) المغرب: ١٥٥/٢.

(٤) انظر شرح مسلم للنووي: ٢٨/١٣.

صيغة المؤنث. يقال: كفار وكفارة كما يقال: قتال وقتالة. فالكفارة لفظ مؤنث موصوفها مقدر أي الخصلة الكفارة أو الفعل الكفارة.

والكفارة في الاستعمالات معناه المسقطة، فقوله تعالى: ﴿كفر عنهم سيئاتهم﴾ معناه أسقط عنهم ذنوبهم. ولهذا جعلت عن صلة لها.

وأما قوله كفر عن يمينه، فعن ههنا ليست صلة، بل هي سببية، والصلة محذوفة، تقديره كفر عنه من جهة يمينه.

فقوله في الحديث المذكور، «هل ذلك مكفر عنه خطاياه» معناه هل ذلك مسقط عنه ذنوبه. فتكفير السيئات إسقاطها.

وأما قولهم كفر يمينه فمعناه أسقط يمينه، أي أسقط ذنب يمينه بالحنث، فسقط إعتراض المغرب عليه.

### كتاب الحدود

اعلم أن الحد في اللغة هو المنع مطلقاً<sup>(١)</sup>. يقال حده عن كذا إذا منعه منه وسمي السجان حداداً، لأنه يمنع من في السجن عن الخروج وإليه أشار من قال:

يقول لي الحداد وهو يقودني إلى السجن لا تجزع فمابك من بأس

وفي الشريعة: الحد عبارة عن عقوبة مقدرة حقاً لله تعالى فالقيد الأول تحقيق بمعنى الحد، وتنبية على أن الحدود هي عقوبات محضة. والقيد الثاني احتراز عن التعزير لعرائه عن التقدير، إذ قد تقرر أن التعزير مفوض إلى رأي القاضي ومتفاوت حسب تفاوت الأشخاص. والقيد الثالث احتراز عن القصاص، إذ هو حق العباد لائق الله تعالى، بدليل جواز العفو والتعويض بالمال، وهذا هو المشهور في عامة الكتب. إلا أن صدر الإسلام البزدوي ذكر في مبسوطه أن القصاص أيضاً سمي حداً.

وبالجملة فالحدود الشرعية موانع قبل الوقوع وزواج بعد الوقوع، وإليه الإشارة الإلهية بقوله الكريم: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ فالقصاص مانع زاجر، فمن سماه حداً ترك القيد الأخير في تعريف الحد.

وأعلم أن علم القاضي ليس بحجة في الحدود بإجماع الصحابة. كذا في الكافي، وذكر في النهاية نقلاً عن الذخيرة أن علم القاضي ليس بحجة في حد السرقة وفي حد الشرب وكذا حد الزنا، بل لا بد من أن يثبت عند الإمام بالبينة أو الإقرار (كذا في الهداية) (١).

### كتاب السرقة

اعلم أن السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية، ومنه استراق السمع (٢).

وفي الشريعة: عبارة عن أخذ ما لا يسارع إليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة، وظهر ذلك عند الإمام وهو من أهل العقوبة.

وفي غاية البيان: السرقة في الشريعة عبارة عن أخذ مال معتبر شرعاً في حرز أجنبي، لا شبهة فيه، خفية وهو قاصد للحفظ في نومه أو غيبته.

فالمعتبر شرعاً احتراز عما دون النصاب، وقيد الأجنبي احتراز عن القريب ذي الرحم المحرم، وقيد حرز لا شبهة فيه احتراز عما فيه شبهة، وقيد القصد للحفظ احتراز عن النش، وقيد في نومه أو غيبته احتراز عن النهب والغصب والاختلاس. انتهى.

ونصاب السرقة قدر عشرة دراهم مضروبة، فإذا ثبتت السرقة فحكمها القطع (٣).

اعلم أن السرقة قسمان: صغرى وهي ما ذكرناه من الأخذ خفية. وكبرى وهي قطع الطريق (٤).

(١) انظر شرح فتح القدير ٢١٣/٥ حاشية ابن عابدين ٣/٤ الكافي ١٠٦٨/٢ مغني المحتاج ١٤٤/٤.

(٢) الصحاح: ١٤٩٦/٤ المغرب ٣٩٣/١ المصباح المنير ٤١٩/١.

(٣) اختلفوا في نصاب السرقة فقال الحنفية النصاب عشرة دراهم أو دينار أو عروض قيمة الواحد منهما عشرة دراهم وقال مالك وأحمد في أظهر الروايتين ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو قيمة ثلاثة دراهم من العروض والتقويم بالدرهم خاصة وعند الشافعية رضي الله عنهم ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار من دراهم أو غيرها. انظر فتح القدير ٣٥٤/٥ حاشية ابن عابدين ٨٢/٤ مغني الصحاح ١٥٨/٤ المغني لابن قدامة ١٠٤/٩ الإشراف ٢٥٠/٢.

(٤) قال في غاية البيان: اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما كونه سرقة باعتبار أن قاطع الطريق يأخذ المال خفية عن عين الإمام الذي عليه حفظ الطريق وأما كونه كبرى فلأن ضرره يعم عامة المسلمين حيث ينقطع عليهم الطريق بزوال الأمن بخلاف السرقة الصغيرة فإن ضررها خاص ولأن موجب قطع الطريق أغلظ من قطع اليد والرجل لأن موجب القتل. انظر أنيس الفقهاء (١٧٨).

## كتاب الجهاد

الجهاد في اللغة هو المجاهدة مطلقاً<sup>(١)</sup>. وفي الشريعة: هو المجاهدة في المحاربة مع أعداء الله تعالى على النمط الذي ثبت عن رسول الله ﷺ.  
وتفصيل المسائل المتعلقة مذكورة في الكتب المشهورة وذكرها إطالة<sup>(٢)</sup>.

## كتاب اللقيط

اللقيط فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول والجريح بمعنى المجروح. وهو في اللغة عبارة عن كل ما يلقط<sup>(٣)</sup>.

وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا. فاللقيط مجاز باعتبار ما يؤول. كالقتيل في قوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»<sup>(٤)</sup>. وهذا ما قال في الهداية<sup>(٥)</sup>: سمي به باعتبار ماله، لما أنه يلقط يريد أن اللقيط بمعنى الملقوط، فعيل بمعنى مفعول، وليس هو بملقوط في الحال بل هو ملقوط باعتبار المال، أي سيصير ملقوقاً، يعني أنه مجاز باعتبار ما يؤول كما أشرنا إليه.

وقد يقال اللقيط في الشرع اسم لما يوجد مطروحاً على الأرض من صغار بني آدم. وعندي اللقيط اسم لما لقط من طفل رضيع طرح على الأرض لا يدري صاحبه، وعلى هذا فلا حاجة إلى ارتكاب المجاز المذكور.

وفي التحفة<sup>(٦)</sup>: «واللقيط له أحكام، منها: أن ألتقاطه واجب على كل من وجدته، لأن تركه إضاعة له، فيجب عليه صيانه. ومنها: أنه إذا التقطه فإن شاء تبرع بتربيته والإنفاق عليه،

(١) المغرب: ١٧١/١ الصحاح: ٤٦٠٢.

التعريفات: ٥٥ المطلع ص (٢٠٩).

(٢) انظر أحكام الكتاب في حاشية ابن عابدين ١١٩/٤ شرح فتح القدير ٤٣٤/٥ الكافي ٢٠٠/١ بداية المجتهد ٢٦٢/١ مغني المحتاج ٢٠٨/٤.

المغني لابن قدامة ١٦٩/٩.

(٣) الصحاح ٥٧١/٢ المصباح المنير ٨٥٨/٢.

(٤) أخرجه البخاري ٣٤/٨ كتاب المغازي باب ٤٣٢١ / ومسلم ١٣٧٠/٣ كتاب الجهاد باب استحقات القتال

سلب القتيل (١٧٥١/١٤١).

(٥) الهداية: ١٧٣/٢.

(٦) التحفة للسمرقندي ٥١٠/٣ وما بعدها.

وإن شاء رفع الأمر إلى السلطان ليأمر بتربيته من بيت المال. ولو أنفق الملتقط عليه ليرجع عليه بعد بلوغه: إن كان بإذن القاضي يرجع، وإلا فلا. ومنها: أن الولاية للسلطان في حق الحفظ وفي حق التزويج ومنها: أنه حر انتهى.

### كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة كلاهما أخوان لأب وأم لرجوعهما إلى أصل واحد، وهولقطة، إلا أن اللقيط في الاستعمال مخصوص بالنفس، واللقطة مخصوصة بالمال فأفترقا من هذه الجهة. فاللقطة في الشريعة اسم لمال يوجد مطروحاً على الأرض لا يدري مالكة وفي الكافي: اللقطة مال يوجد في الطريق ولا يعرف له مالك بعينه سمي بها لأنها تلقط غالباً. انتهى.

واللقطة أمانة، إن أشهد فلا ضمان عليه، وإلا فعليه ضمانها. وأما حكمها فهو إن أخذها فرض إن خيف عليه الضياع، ومباح إن لم يكن هناك خوف<sup>(١)</sup>

### كتاب الإباق

الإباق في اللغة<sup>(٢)</sup>: الفرار والهرب مطلقاً من باب ضرب ونصر. قال الله تعالى: ﴿إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ﴾، في المغرب<sup>(٣)</sup>: أبق العبد هرب من بابي ضرب وطلب إباقاً فهو أبوق وهم أباق، وإباق السمك، مجاز. انتهى.

وفي الشريعة: هرب مخصوص، وهو هرب المملوك من مالكة، في المبسوط الإباق: تمرده في الانطلاق، وهو من سوء الأخلاق ورداءة الأعراق يظهر العبد من نفسه فراراً ليضر ماليته ضمراً، فردّه إلى مولاه إحسان وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان.

وأما حكمه فهو أن أخذه مندوب لمن قدر عليه لأن أخذه أحياء لماله، وحرمة المال كحرمة النفس، ثم إن من أخذه يجيء به إلى القاضي أو إلى السلطان وفي الهداية: يأتي به إلى السلطان، انتهى.

(١) انظر درر الأحكام ٢/ ١٣٠.

(٢) المصباح المنير ٣/ ١٤٤٥. الطلبة ٩٤.

(٣) المغرب: ٥/ ١.

وفي غاية البيان نقلاً عن الذخيرة: هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني<sup>(١)</sup> فهو أن الآخذ بالخيار إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام، وكذلك الضال والضالة. انتهى.

ثم قال: وقال الحاكم الشهيد في الكافي: «وإذا أتى الرجل بالعبد فأخذه السلطان فحبسه فأدعاه رجل وأقام البيعة أنه عبده، قال: يستحلفه، ما بعته ولا رهنته ثم يدفعه إليه، ولا أحب أن يأخذ منه كفيلاً. وإن أخذ القاضي منه كفيلاً لم يكن مسيئاً، وعدم أخذ الكفيل أحب، قال الحاكم: هذه رواية أبي حفص.

ورأيت في بعض روايات أبي سليمان: إن أخذ الكفيل أحب فإن لم يأخذ وسعه ذلك، وإن لم يكن للمدعي بيعة وأقر العبد أنه عبده يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلاً، وإن لم يجيء للعبد طالب، فإذا طال ذلك باعه الإمام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالبه، ويقيم البيعة بأن العبد عبده فيدفع الثمن. ولا ينقض بيع الإمام، وينفق عليه الإمام مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه إن حضر - ومن ثمنه إن باعه. انتهى.

ثم قال الولوالجي في فتاواه: فإن لم يجيء للعبد طالب، فالقاضي لا يعجل في بيعه، وينفق عليه من بيت المال ثم يرجع بما أنفق على مولاه. الكل عبارة الغاية، وفي الهداية: وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه: لأنه أمانة في يده. لكن هذا إن أشهد، فإن لم يشهد ضمن إن أبق منه ثم إن من رده على مولاه فله البتة لأن الصحابة اتفقوا على وجوب الجعل إلا أنهم اختلفوا في كميته، فمنهم من أوجب أربعين، ومنهم من أوجب ما دونها. فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر، وما دونها فيما دونه، توفيقاً وتلفيقاً. انتهى.

### كتاب المفقود

الفقد في اللغة: وجدان الشيء معدوماً<sup>(٢)</sup>، وفي الشريعة اسم لموجود وهو حي باعتبار أول حاله، ومجهول باعتبار آخر حاله خفي الأثر لا يدرى مكانه، ولا يدرى موته ولا حياته، وحكمه أن ينصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه فهو حي في حق نفسه، ميت في حق غيره.

(١) هو الإمام عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح شمس الأئمة الحلواني البخاري والحلواني نسبه إلى عمل الحلوى كان إمام أهل الرأي في وقته من تصانيفه المبسوط توفي سنة ثمان وأربعين وأربعمائة. الجواهر المضيئة ١/٣١٨ الفوائد البهية ٩٥.

(٢) المصباح المنير: ٥٩/٢ المغرب ١٠١/٢.

فترتب على الأول أنه لا تنكح عروسه ولا يقسم ماله إلى غير ذلك من الأحكام المفصلة في الكتب، وعلى الثاني أنه لا يرث من غيره وفي الكافي: ويحكم بموته إذا مضى تسعون سنة وعليه الفتوى.

وفي الهداية: والأقيس أن لا يقدر شيء من المقادير. انتهى.  
أي بل يعتبر بموت الأقران<sup>(١)</sup>.

### كتاب الشركة

الشركة في اللغة: عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر، وتركيبها ينبيء عن الخلط والاختلاط<sup>(٢)</sup>.

وفي الشريعة: عبارة عن عقد الشركة، أي عقد ثبتت به الشركة أي اختلاط الأنصباء فهو من قبيل إطلاق اسم المسبب على السبب فهو مجاز، وحقيقة عرفية.

ثم إن المذكور في الهداية<sup>(٣)</sup> والوقاية وغيرهما: أن الشركة مطلقاً قسماً: شركة الأملاك، ويقال لها شركة الملك أيضاً، وشركة العقود، ويقال له: شركة العقد أيضاً، وأن القسم الثاني، أي شركة العقود: أربعة أقسام: شركة مفاوضة، وشركة عنان - بفتح العين -، وشركة الصنایع، وشركة الوجوه، وقال الشيخ أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي، الشركة على ثلاثة أوجه: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه، وكل واحد منهما على وجهين: مفاوضة وعنان، أي كل من شركة الأعمال وشركة الوجوه قسماً مفاوضة وعنان.

فعلى قولهما: كل من المفاوضة والعنان قسم من شركة الأعمال وشركة الوجوه.

وعلى القول المشهور، كل منهما قسم من شركة العقود.

فأما شركة الملك: فهي أن يشترك اثنان في ملك، وظاهر كلام القنطوري أنه مخصوص بشيئين: الإرث والشراء، أي يشتركان في عين ملكاً حقاً بطريق الإرث، أو بطريق الشراء. وليس كذلك، إذ لا حصر ولا اختصاص بل تجري شركة الملك فيما يملكه بطريق الهبة أو

(١) انظر شرح فتح القدير ١٤١/٦ حاشية ابن عابدين ٢٩٢ الإشراف ١٧٥/٢.

(٢) الصحاح: ١٥٩٣/٤ معجم مقاييس اللغة ٣/٢٦٥ المصباح المنير ١/٤٧٤.

(٣) الهداية: ٣/٣.

بطريق الاستلاء كما إذا استوليا على عين من أموال أهل الحرب، أو بطريق الاختلاط، أي بأن يختلط مالاهما من غير صنع من جانبيهما كما إذا أنفتح الكيسان فأختلط ما فيهما من الدراهم أو بطريق الخلط كما إذا خلطا مالههما خلطاً لا يمكن التمييز بينهما، كخلط الحنطة بالحنطة، فإن التمييز ههنا ممتنع، أو خلطاً يمكن التمييز بصعوبة تامة كخلط الحنطة بالشعير، فإن التمييز ههنا ممكن إلا أن فيه حرجاً. ولهذا أي لما ذكرنا من عدم الاختصاص، صرح به صاحب الهداية فقال: «وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب» يريد به القدوري ولأمر ما عدل صاحب الوقاية عن تلك العبارة، مشيراً إلى العموم وعدم الاختصاص فقال: شركة الملك أن يملك الاثنان عيناً، ثم إن الشركة الثابتة بالاختلاط أو بالخلط تخالف الشركة الثابتة بالإرث أو بالشراء أو بالاستيلاء، فإن الشركة متى ثبتت بالاختلاط أو بالخلط يجوز فيهما بيع أحدهما نصيبه من صاحبه ولا يجوز من الأجنبي إلا بإذن الشريك.

والشركة متى ثبتت بالإرث وما يجري مجراه يجوز فيها بيع أحدهما نصيبه من الشريك ومن الأجنبي بغير إذن الشريك. ولا يجوز التصرف في نصيب شريكه إلا بإذن شريكه، لأن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط، وإذا حصل بدون التعدي كان سبب الزوال موجوداً من وجه لوجود الخلط، غير موجود من وجه لانعدام صفة التعدي عن الخلط، فكان الزوال موجوداً من وجه دون وجه، فأعتبر نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي، كأنه يبيع ملك الشريك من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بشبه الزوال وشبه القيام أي عملاً بالحيتين

وأما الشركة الثابتة بالإرث وما يجري مجراه، فإنه لم يوجد فيها بعد ثبوت الملك لكل منهما سبب الزوال بوجه ما، فكان ملك كل منهما قائماً في نصيبه من كل وجه، فيجوز لكل منهما بيع نصيبه كيفما كان، كذا ذكره الإمام اللؤلؤجي نقله من الغاية في فتاواه.

وإلى هذا أشار صاحب الهداية<sup>(١)</sup> حيث قال ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور من غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه. انتهى.

ثم قال: وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى، والفرق الموعود هو الذي أشرنا إليه نقلاً عن



اللولو الجي ، وإذا عرفت ذلك فأعلم أن هذا النوع من الشركة وهي شركة الأملاك له ركن وله حكم شرعاً - أما ركنها فهو اختلاط النصيبين ، وأما حكمها فهو وقوع الزيادة على الشركة بقدر الملك « كذا في الكافي .

وأما شركة العقد فهو أن يقول أحدهما لصاحبه : شاركتك في كذا وكذا ، ويقول الآخر قبلت . كذا في الهداية .

وهذا الإيجاب والقبول على الوجه الذي نقلناه من الهداية هو ركن هذه الشركة ، ولهذا قال صاحب الوقاية : وركنها الإيجاب والقبول أي على الوجه المذكور .

وهذه الشركة لها شرطان : وجودي وعدمي ، فالوجودي : ما أشار إليه صاحب الهداية حيث قال : وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق الحكم المطلوب منه . انتهى .

يريد أن شرط هذا القسم من أقسام الشركة أن يكون التصرف الذي عقد الشركة عليه قابلاً للوكالة تحقيقاً للاشتراك في المستفاد . إذ الحكم المطلوب من عقد الشركة : إنما هو الاشتراك في الربح ، الذي هو مستفاد من رأس المال بعد التصرف فيه ، بحيث يتولد منه فائدة . وهذا ظاهر .

وبالجملة فلا بد لهذه الشركة من الوكالة ، وتحقيقه على ما ذكر في الهداية : أن المقصود من شركة العقد تحصيل الربح بالتجارة ، ولا يجوز التصرف في مال الغير إلا بولاية أو وكالة ، والولاية منتفية ههنا فتعينت الوكالة .

ثم إن الوكالة قسمان : نطقية وحكمية . والأولى منفية ههنا ، فتعينت الثانية ، ولا يخفى على من له أدنى معرفة بمعاني التراكيب أن إطلاق الاشتراط في إطلاق الشركة صريح في أن هذا القسم من الشركة وهي شركة العقد لا ينفك عن الوكالة أصلاً سواء كانت شركة المفاوضة أو شركة العنان أو شركة التقبل أو شركة الوجوه على ما تطلع عليه عند تحقيق هذه الأقسام . وهذا أعني التقييد بكون التصرف المعقود عليه قابلاً للوكالة فائدته أمران : تحقيق المحدود ، وبيان حقيقته الشرعية كما أشرنا إليه . والفائدة الثانية الاحتراز عما ليس قابلاً للوكالة كالتكدي ، والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد ، فإن الوكالة لا تجري في هذه الأمور ولا في أخذ كل شيء مباح : إذ التوكيل في أخذ المباح باطل ، وأمر الموكل به غير صحيح لأن كل واحد يملكه استقلالاً فلا معنى للنيابة ههنا كذا في الهداية .

وأما الشرط العدمي فهو ما أشار إليه في الوقاية حيث قال: وشرطها عدم ما يقطعها كشرط دراهم مسماة في الربح لأحدهما، يعني أن هذا الشرط قاطع للشركة إذ يجوز أن لا يحصل إلا هذا القدر الذي سمي به لأحدهما فتقطع الشركة في الربح فتفسد الشركة وإليه أشار صاحب الهداية حيث قال: لا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا المسمى لأحدهما، ونظيره في المزارعة. انتهى.

يعني أن المشاركة كالمزارعة فكما أنه تبطل المزارعة بأشترط قفزان مسماة لأحدهما لأنه يجوز أن لا يحصل إلا القدر المسمى فإن كان هذا لأحدهما خاصة، انقطعت الشركة في الخارج، وهو شرط في المزارعة، وانتفاء الشرط يقتضي انتفاء المشروط لا محالة، كذلك الشركة تنتفي بكل شرط يقطعها، فإذا عرفت شركة العقد فلنتقل إلى تحقيق أقسامها الأربعة وهي المفاوضة والعنان وشركة التقبل وشركة الوجوه.

أما شركة المفاوضة: فهي شركة رجلين متساويين في المال والتصرف والملة، إذ المفاوضة هي المساواة والمشاركة، والفوزة الشركة، والناس فوضى في هذا الأمر أي هم سواء لا تباين بينهم كذا في الفائق وهذا هو المختار عند صاحب الهداية، وفي المبسوط: أما المفاوضة فقليل اشتقاقها من التفويض فإن كلاً منهما يفوض التصرف إلى صاحبه في جميع مال التجارة. انتهى.

فحقيقة المفاوضة إذن: التفويض من الجانبين، والمراد بالمال الذي يعتبر فيه التساوي: مال يجري فيه التصرف، ويصح منه اعتبار الشركة<sup>(١)</sup> كالدرهم والدنانير، فأما المال الذي لا يصح فيه اعتبار الشركة كالعروض والعقار والديون: فالمساواة فيه غير واجبة، فالتفاوت بالزيادة والنقصان في هذا المال غير مضر، إذ الانفراد لا يبطل التساوي في عقد المفاوضة كذا ذكره القوم وأجمعوا عليه. وكان مرادهم بمنع جريان الشركة في العقار أنه لا تجري فيه شركة المفاوضة وإلا فشركة الملك جارية فيه كما سبق بيانها فالمراد منع الشركة المخصوصة.

ويدل على ذلك أن تصريحهم بأن المفاوضة لا تنعقد إلا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة وفي كلام الهداية إيماء إلى ما ذكرنا لأنه صرح أولاً بأن العقار لا تصح فيه الشركة ثم

(١) في ب مال تجري فيه الشركة ويصح اعتبارها فيه.

عقبه بهذا الكلام فليتأمل ثم أنه يجب في المفاوضة أن لا ينفرد أحدهما بنوع من أنواع التجارة إذ المفاوضة تنعقد على وصف العموم في التجارات كلها وفي الهداية<sup>(١)</sup>؛ المفاوضة شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق. انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وشرط صحة المفاوضة أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه، وأن يكون كل ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازماً للآخر وما يجب لكل منهما يجب للآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه ويتساويان مع ذلك في رؤوس الأموال في قدرها وقيمتها.

فإن تفاوتاً في شيء من ذلك لم يكن مفاوضة بل كانت عناناً ويتساويان أيضاً في الربح لا يفضل أحدهما على الآخر. انتهى.

قال في الهداية<sup>(٢)</sup>: فلا بد من تحقيق المساواة ابتداءً وانتهاءً، يعني لما كانت المفاوضة عبارة عن المساواة، لم يكن بد من تحقيق المساواة فيها ابتداءً وانتهاءً، إذ المفاوضة من العقود الجائزة: بدليل أنه إن امتنع كل منهما بعد العقد جاز، فكان لدوامها حكم الابتداء، والتساوي في الابتداء شرط فكذا في الانتهاء، ولهذا لو كان المالان سواء يوم الشركة، وفضل أحدهما قبل أن يشتري شيئاً فسدت المفاوضة، وتصير المفاوضة عناناً.

قال في الهداية: وتنعقد المفاوضة على الوكالة<sup>(٣)</sup>. انتهى.

أما الوكالة: فلأنه حفظ لجانب المنافع، وأما الكفالة فلأنه حفظ لجانب المضار، وقد أومأنا إلى هذا المعنى فلا تغفل، وقال في الهداية: وفي كل موضع لا تصح المفاوضة لفقد شرط منه ليس بشرط في العنان صارت المفاوضة عناناً. انتهى.

أي كل موضع لا تصح فيه المفاوضة لفوت شرط هو شرط في المفاوضة وهذا الشرط ليس بشرط في العنان.

وقال في الهداية: وما يلزم كل واحد من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقاً للمساواة، فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار، ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة، انتهى.

(٣) في ب الوكالة والكفاية.

(١) الهداية: ٥، ٤/٣.

(٢) الهداية: ٤/٣.

فقوله : وما يلزم كل واحد إلى آخره يعني أن كل دين وجب على أحد المتفاوضين وهذا الدين بدل عما تصح فيه الشركة ، فالمفاوض الآخر ضامن له ، كما إذا اشترى أحدهما شيئاً وتعلق بذمته ثمن المشتري ، وصار ديناً في ذمته . فهذا الدين صار لازماً واجباً على الشريك الآخر ، وكذا أجرة المستأجر ، وكذا القيمة في البيع الفاسد ، فإنه كالثمن في البيع الصحيح .

والمراد بالشراء المشري ، والبيع المبيع ، وبالاستئجار المستأجر فيه ، أي الذي اشتراه أحد الشريكين ووجب عليه ثمنه ، فهذا المشتري مشترك بينهما ، والذي وجب عليه من ثمنه الذي هو بدل عن هذا المشتري المشترك هو أيضاً مشترك .

فكما أنه وجب على المشتري كذلك وجب على شريكه الآخر وكذلك الأمر في المبيع فإن المبيع الذي في يد أحد الشريكين هو نفسه مشترك بينهما وإذا باعه من أجنبي فثمنه الذي يأخذه بدلاً عنه هو أيضاً مشترك فالثمن في صورة الشراء دين عليه لغيره وفي صورة البيع دين له على غيره وللزوم المذكور في قوله : وما يلزم كل واحد من الديون أعم من أن يكون لزوماً لغيره عليه أو لزوماً له على غيره فالثمن في صورة الشراء من قبيل الأول وفي صورة البيع والاستئجار من قبيل الثاني . فكل واحد من هذه الأمور الثلاثة : وهي الشراء والبيع والاستئجار مثال للمبدل المشترك فيه كما ينادي عليه كلامه بصوت رفيع والبدل هو الدين المتعلق بالذمة في هذه الصور الثلاث وكذا الكلام في المبدل الذي هو قسم للمبدل المشترك فيه كما أشار إليه بقوله ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة يعني أن المبدل قسمان قسم يصح فيه الاشتراك وقسم لا يصح فيه الاشتراك وأن البدل في القسم الأول مشترك لزوماً له وعليه كمبدله والبدل في القسم الثاني غير مشترك كمبدله فلما ذكر المبدل المتعلق بالقسم الأول بقوله فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار وقال ومن القسم الآخر الجناية إلى آخره أي ومن القسم الآخر المقابل للقسم الأول هذه الأمور الخمسة فالمبدل المشترك فيه هو الأول والمبدل الغير المشترك فيه هو الثاني هكذا يجب أن يفهم هذا المقام فقد ذل فيه كثير من الإقدام وبهذا يسقط الاعتراض الذي أورده عامة البيان هاهنا فقال في عبارة الهداية نظر لأن حق الكلام أن يقول فمما يصح فيه الاشتراك فمن المشتري وأجرة ما استؤجر لا تزحق الدين الواقع بدلاً عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار وكذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر أرش الجناية والمهر والنفقة إلى الآخر لا تنتهي الديون الواقعة بدلاً عما لا يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع إلى آخر ما ذكر هذا كلامه ولعمري أنه لم يفهم معنى الكلام ولم يشم رائحة المرام ولم يحم حول

اللفظ ولا حول المعنى ولم يميز بين البدل والمبدل ولم يتعقل أن ثمن المشتري وأجرة المستأجر إذا كان مما يصح فيه الاشتراك فأين البدل الذي هو الدين اللازم وكذا الكلام في القسم المقابل .

وبالجملة فساد كلامه أكثر من أن يحيط به نطاق البيان يرشدك إليه التأمل الصادق ووفور الإمعان .

وأما شركة العنان فهي أن يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارة وهذا القسم أعني شركة العنان ينعقد على الوكالة دون الكفالة أما الوكالة فلتحقق المقصود من الشركة فهو تحصيل الربح بالتصرف والتصرف في مال الغير لا يتصور إلا بطريق الوكالة كما سبق بيانه وأما الكفالة فلأن اللفظ مشتق من الاعتراض يقال : عن له ، أي عرض له ، وهذا لا ينبىء عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ كذا في الهداية أي شركة العنان لا تنعقد على الكفالة لأن لفظ العنان خال عن الدلالة على هذا المعنى وأما ثبوت الكفالة في المفاوضة فهو مبني على أن لفظ المفاوضة يدل على المساواة كما سبق بيانه فمقتضى اللفظ هو الكفالة فقول اللفظ مشتق من الاعتراض إلى آخره إشارة إلى بيان المأخذ وتوضيحه أن في مأخذ اللفظ اختلافاً فقليل هو مأخوذ من عن وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس .

في الصحاح : العنان بكسر العين مأخوذ من عن له أي عرض أو ظهر ، أو مأخوذ من عنان الفرس ، ذهب إليه الكسائي<sup>(١)</sup> والأصمعي<sup>(٢)</sup> ، وزعم بعض أهل اللغة أن هذا شيء أحدثه أهل الكوفة ، والعرب لم تتكلم به ، ورد بقول النابغة :

وشاركنا قريشاً في تقاها      وفي أحسابها شرك العنان

وبفتح العين السحاب ، ومنه عنان السماء .

والعامة تقول عنان السماء بكسر العين . انتهى .

(١) هو علي بن حمزة بن عبد الله بن بهمن بن فيروز الكسائي كان من أسرة فارسية الأصل أخذ عن الخليل بن أحمد البصري كان إماماً في النحو واللغة والقراءات توفي سنة ١٨٣ هـ وقيل غير ذلك . وفيات الأعيان ٤١٦/١ شذرات الذهب ٣٢١/١ .

(٢) هو عبد الملك بن قريب بن عبد الملك بن علي بن أصمع المعروف بالأصمعي كان صاحب لغة ونحو وإماماً في الأخبار والنوادر والملح والغرائب توفي سنة ست عشرة ومائتين وقيل غير ذلك . وفيات الأعيان ٣٦٢/١ شذرات الذهب ٣٦/٢ .

فإن اعتبر أخذه فيما نحن فيه من عن بمعنى عرض أو ظهر فوجه التسمية أنه كأنه عنّ لهما شيء أي عرض أو ظهر فأشتركا فيه .

وإليه أشار الجوهري<sup>(١)</sup> فقال: وشركة العنان أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما فكأنه عنّ لهما شيء فأشترياه مشتركين فيه . انتهى .

فكلامه هذا ينتظم عنّ بالمعنيين : بالعروض والظهور ، فإن اعتبر أخذه من عنان الفرس فالوجه أن كلاً من الشريكين كأنه جعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه ، أو لأن الراكب يمسك العنان بإحدى يديه ، ويتصرف باليد الأخرى . فكذا الأمر ههنا : إذ الشريك أمسك بعض ماله بيده ، ثم فوض التصرف في البعض إلى صاحبه .

ويجوز أن يؤخذ من عنان السماء تشبيهاً للشركة هذه بالسحاب ، والجامع كون كل منهما مفيداً فائدة نافعة .

فكما أن السحاب تحصل منه الأمطار المثمرة لفوائد لا تحصى ، كذلك الشركة تحصل منها صنوف من الربح المثمر لفوائد لا تخفى .

وبالجملة فلفظ العنان فيما نحن فيه يجوز فيه كسر العين وفتحها ، وقد تبين بما ذكرناه وجه كل منهما .

وهذان : القسمان - من الشركة - أعني المفاوضة والعنان ، لا يصحان إلا بالنقدين والفلوس النافقة ، وتفصيل ذلك مشهور .

وفي الهداية : ولا تنعقد الشركة إلا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة . وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون .

ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن . [أي العروض مفضية إلى ربح ما لم يضمن]<sup>(٢)</sup> . إذ لو جازت الشركة في العروض فباع أحدهما عرضه بأضعاف قيمته والآخر بمثل قيمته فإن أشتركا في الربح فهذا ربح ما لم يملك ولم يضمن ، فإن الربح لا يستحق إلا بالمال

(١) هو إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي من أئمة اللغة والأدب توفي سنة ٣٩٣هـ . شذرات الذهب ١٤٢/٣ .

(٢) سقط في الأصل والمثبت من ب .

أوبالعمل أوبالضمان . فرب المال يستحق بالمال ، والمضارب بالعمل ، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالضمان ، ولا يستحق بما سواه كذا في الهداية<sup>(١)</sup> .

وهذه قاعدة كلية فإن أسباب أخذ الربح منحصرة في هذه الثلاثة ، ثم قال أي صاحب الهداية<sup>(٢)</sup> ههنا - أي في شركة العنان - ويصح التساوي في المال ، والتفاضل في الربح ، وقال زفر والشافعي : لا تجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن انتهى .

ثم أجاب صاحب الهداية<sup>(٣)</sup> عن هذا : بأن العقد يشبه المضاربة من حيث العمل في مال الشريك ، ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان ، فعملنا يشبه المضاربة ، وقلنا : يصح بأشتراط الربح بدون الضمان ، ويشبه الشركة حتى لا تبطل بأشتراط العمل عليهما . هذا كلامه ههنا .

وحاصله : أن هذا العقد - أي شركة العنان - له شبه بالمضاربة وله شبه بالمفاوضة ووجه الشبه في الأول العمل في مال الغير ، وفي الثاني الاشتراك في الاسم . لأن كل واحد من المفاوضة والعنان يسمى شركة - والاشتراك في العمل لأن كلاً من الشريكين يعمل في نصيب صاحبه فيهما ، فعملًا بالشبهين ، فلا يؤدي إلى ربح ما لم يضمن هذا حاصل كلامه .

وأعترض عليه بأنه لو جاز ربح ما لم يضمن باعتبار شبه المضاربة لجاز فيما سبق أيضاً وهو المفاوضة ، لوجود الشبه بالمضاربة هناك أيضاً . فالصواب أن يقال إنما جاز الربح ههنا باعتبار العمل كما في المضاربة ، كذا في غاية البيان .

وفيه نظر لأن هذا هو الوجه الذي اختاره صاحب الهداية<sup>(٤)</sup> قبيل فصل الشركة الفاسدة حيث قال : والعنان في معنى المضاربة من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه . فليتأمل .

وأما شركة الصنایع فلها أسماء مختلفة : إذ هي تسمى تارة شركة التقبل وتارة شركة الأعمال ، وتارة شركة الصنایع ، وتارة شركة الأبدان .

ووجه التسمية في الكل ظاهر ، والإضافة في الكل أي إضافة الشركة إلى هذه الأمور تنبيه جلي على ما بينهما من الملاسة ، والملاسة أيضاً واضحة .

(٣) ٧/٣

(١) ٦/٣

(٤) ١١/٣

(٢) ٧/٣

وبالجملة: فشركة الصنائع هي: أن يشترك صانعان أي خياطان أو صباغان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما، كذا في الهداية<sup>(١)</sup>

ثم قال: وهذا عندنا، وعند الشافعي - لا يجوز إذ الشركة في الربح لا تتصور بدون المال انتهى.

ولنا أن المسلمين في جميع الأمصار يعقدون هذه الشركة، وقد قال ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

ولأن المقصود تحصيل الربح وهو يحصل بتوكيل كل منهما صاحبه بقبول العمل، فإن كلاً منهما أصيل في النصف ووكيل في النصف. فتحقق الشركة في المال المستفاد بعقد الشركة.

ثم إذا عملا، فكل منهما يستحق فائدة عمله وهو كسبه، وإذا عمل أحدهما كان معيناً لشريكه فيما لزمه بالتقبل، فوقع عمله له، فكأن الشريك استعان بأجنبي حتى عمل، وهذا جائز: لأن المشروط مطلق العمل، لا عمل الصانع نفسه فإن القصار إذا استعان بغيره، أو استأجر غيره حتى عمل استحق القصار الأجر. كذا في غاية البيان، ثم قال نقلاً عن شرح الطحاوي: إن العنان قد يكون عناناً فأما المفاوضة بينهما، فهي أن يكونا جميعاً من أهل الكفالة، وأن يشترطا ما رزقهم الله تعالى بينهما نصفين، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة، كما في الشركة بالأموال، وأما العنان فيجوز، سواء كانا من أهل الكفالة، أو لا، لكن الشرط أن يكونا من أهل التوكيل. انتهى.

وأما شركة الوجوه فهي أن يشترك الرجلان ولا مال لهما، على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا، كذا في الهداية<sup>(٢)</sup>.

وفي شرح الطحاوي: وأما الشركة بالوجوه فهي أن يشترك الرجلان وليس لهما مال ولا عمل حتى يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد، فما حصل من الربح فهو بينهما. انتهى.

وإنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه، أخذاً من الوجاهة: إذ الشراء بالنسيئة إنما يتيسر إذا تأن للمشتري وجاهة عند الناس، ويكون له اشتهاً بالأمانة والديانة. وإليه مال صاحب الهداية<sup>(٣)</sup> حيث قال: لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس. وقال



بعضهم : وجه التسمية أنه لا مال لهما ولا عمل . فيجلس كل منهما وينظر إلى وجه صاحبه .

وهذه الشركة - أعني شركة الوجوه - قد تكون مفاوضة ، وقد تكون عناناً .

فالمفاوضة أن يكون الرجلان من أهل الكفالة ، وأن يكون ثمن المشتري على كل منهما نصفه ، وأن يكون المشتري بينهما نصفين ، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة .

وأما العنان ، فهو أن يعتبر التفاضل في ضمان ثمن المشتري بينهما ، وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان . وإن شرطاً الربح بخلاف الضمان بينهما ، فالشرط باطل ، ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ، كذا ذكره الإمام الإسيبي .

وبالجملة فشركة الوجوه إما مفاوضة وإما عنان ، قال صاحب الهداية : وإذا أطلقت فهي عنان ، لأن مطلقه ينصرف إليه ، وكذلك شركة الصنائع إما مفاوضة وإما عنان كما أشرنا إليه ، وبهذه التحقيقات قد ظهر ظهوراً جلياً لا يحول حوله شك وريبة أن الحق تقسيم الشيخين الطحاوي والكرخي على ما نبهناك عليه في أول كتاب الشركة .

وأن التقسيم المشهور المذكور في الهداية والوقاية وعامة الكتب المشهورة ليس كما ينبغي لأنه يدل دلالة واضحة على أن شركة الصنائع وشركة الوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان وليس كذلك كما سبق بيانه<sup>(١)</sup> .

### كتاب الوقف

الوقف في اللغة هو الحبس وهو مصدر ، يقال وقفته وقفاً أي حبسته حبساً ، ووقف بنفسه وقوفاً يتعدى ولا يتعدى<sup>(٢)</sup> .

وفي الشريعة : «حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة عنده ، وعندهما : حبس العين على ملك الله تعالى ، فالوقف عنده غير جائز أصلاً . والأصح أنه جائز إجماعاً ، إلا أنه غير لازم عنده ، فيرجع فيه ويباع ويورث . والفتوى في هذه المسألة على قولهما ، وهو : أن الوقف جائز لازم ، وباقي مسائله مشهورة»<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر ما يتعلق بالكتاب من أحكام في حاشية ابن عابدين ٢٩٩/٤ المبسوط ١٥١/١١ ، شرح فتح القدير ٥٢/٦ مغني المحتاج ٢١١/٢ . الاشراف ٣/٢ .

(٢) الصحاح ١٤٤٠/٤ . المغرب : ٣٦٦/٢ . المصباح المنير : ١٤٨/٢ .

(٣) انظر المبسوط ٢٧/١٢ شرح فتح القدير ٢٠٣/٦ حاشية ابن عابدين ٣٣٧/٤ مني المحتاج ٣٧٦/٢ المغني لابن قدامة ٣/٦ .

## كتاب البيع

البيع مصدر، وهو من الأضداد، وكذا الشرى أيضاً من الأضداد، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾<sup>(١)</sup> أي باعوه<sup>(٢)</sup>، ثم إن كلا منهما وإن كان من الأضداد، إلا أن استعمال البيع في إخراج المبيع عن الملك قصداً أكثر، وتبادر الذهن إلى هذا المعنى، أقوى وأوفر، فإن كل أحد إذا سمع لفظ البيع يفهم منه ما يقابل الشرى، وهو هذا المعنى، الشرى فإن استعماله في إخراج الثمن من الملك قصداً أكثر، وتبادر الذهن إليه أسرع. ثم إنه أي الفعل المأخوذ من البيع تعدى إلى المفعول الثاني بنفسه، وبحرف الجر، يقال باعه الشيء وباعه منه.

فهنا مقامان:

الأول: أن البيع حقيقته الشرعية أي شيء.

الثاني: بيان أنواعه.

أما الأول: فأعلم أن عبارات الفقهاء في تعريف البيع وتفسيره مختلفة متفاوتة.

منها: أن البيع «مبادلة مال بمال»، ومنها أن البيع «عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول» وذلك الأثر الشرعي هو كون العاقد «من الجانبين قادراً على التصرفات الشرعية في البذل الذي ينتقل إليه» ومنها «أن البيع عقد يحصل عند الإيجاب والقبول».

وفي الهداية<sup>(٣)</sup>: البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كان بلفظ الماضي.

ولا شك أن الماهية المصطلحة عند هؤلاء واحدة فوجب التوفيق، فنقول وبالله

التوفيق:

وجه التوفيق أن البيع له أجزاء ثلاثة: جزءان حسيان، وهما الإيجاب والقبول، فكل من هذين جزء صوري، والجزء الثالث عقلي، وهو ارتباط كل منهما بالآخر، ارتباطاً مخصوصاً، يترتب عليه ثبوت الملك لكل من العاقلين، في البذل، الذي انتقل إليه ثبوتاً شرعياً، يترتب عليه ولاية التصرفات الشرعية، لكل منهما في ذلك البذل، فمن فسره بمبادلة

(٣) ٢١/٣.

(١) سورة يوسف: ٢٠.

(٢) انظر أنيس الفقهاء: ٢٠٠.

المال بالمال فقد أعتبر الجزء المعنوي ، فكأنه قال : « البيع ارتباط يترتب عليه المبادلة » ، فهو أخذ بالحاصل وأعتبر للسبب القريب . إلا أن هذا التفسير غير تام ، بل حق العبارة أن يقال البيع مبادلة مال ، تقوم مقدور التسليم أو حق من حقوقه بمال كذلك على سبيل التراضي . ومن فسر به بالأثر الشرعي فقد أعتبر الأخذ بالحاصل .

وأما من قال هو عقد يحصل عن الإيجاب والقبول فقد أراد بالعقد ربط كل من الإيجاب والقبول بالآخر ، فالعقد هو الربط ، والانعقاد هو الارتباط بالحاصل من الربط .

ومن فسر الانعقاد بآنضمام - كلام - أحدهما فقد أراد بالآنضمام هذا الارتباط الشرعي .

وبالجملة فإن أريد بالبيع ما هو صفة البائع فقط فمعناه إخراج المبيع عن ملكه قصداً ، وإن أريد به العقد فهو الإيجاب والقبول المرتبط أحدهما بالآخر ، فلبيع ركن وهو الإيجاب والقبول والارتباط وشرط ، وحكم ، والمراد بالحكم هو الذي وضعه الشارع في الشرع لأجله ، وهو المقصود الأصلي ، والغرض الأول ، وهو ثبوت الملك في البدل والقدرة على التصرفات الشرعية فيه ، إلا لمانع فقولنا إلا لمانع احتراز عن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض ، فإنه غير جائز شرعاً ، مع كونه ملكاً له ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع ما لم يقبض » . وهذا مخصوص بالمنقولات .

وأما العقار فهو جائز كذا في الهداية (١) .

وأما شروطه : فمنها ما يتعلق بالعاقد وهو كونه عاقلاً مميزاً راضياً غير مكره مالكاً أو تكون له ولاية البيع .

ومنها ما يتعلق بالمحل وهو أن يكون المبيع مالاً متقوماً مقدور التسليم . فالمالية بأعتبار التمول ، أي يتموله كل الناس أو بعضهم .

والتقوم بأعتبار إباحة الانتفاع به شرعاً ، فالخمر والخنزير مال لأنه يتموله أهل الذمة ، إلا أنه غير متقوم ، إذ لا يجوز الانتفاع بهما شرعاً . والحبة الواحدة ليست بمال ، إذ لا يتمولها أحد من الناس ، إلا أنها متقومة ، إذ يجوز الانتفاع بها شرعاً .

وبالجملة فالتقوم والتحول كل منهما يوجد بدون الآخر ، وتام حقيقته في كتابنا شرح الوقاية فليطلب هناك .

ومنها ما يتعلق بالركن وهو كونه بلفظ الماضي أو بالتعاطي ، كذا في الهداية والوقاية ، وذكر الطحاوي أنه إذا قال : أبيع وأشتري وأراد به الحال صح البيع ، هو الصحيح .

وأما الثاني : أي بيان أنواع البيع ، فالمراد به الأنواع الجائزة .

فمنها : بيع العين بالعين ، ويسمى هذا مقايضة ، ويكون كل واحد منهما مبيعاً وثمناً ، في المغرب<sup>(١)</sup> : قايضه بكذا عاوضه ، ومنه بيع المقايضة . وهو بيع عرض بعرض . انتهى . ومنها بيع العين بالثمن ، وهو البيع المطلق ، وهو المشهور الذي يتبادر إليه الإفهام . ومنها بيع الثمن بالثمن ويسمى هذا بيع الصرف ، وفسره في الهداية<sup>(٢)</sup> : بأن الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان . ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق . انتهى .

وفي الوقاية : هو بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس ، وشرط فيه التقابض قبل الافتراق ، وصح بيع الذهب بالفضة بفضل وجزاف لا بيع الجنس بالجنس إلا متساويان وإن اختلفا جودة وصياغة . ولا التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه . انتهى .

ومنها : بيع الدين بالعين وهو بيع السلم ، وقد يفسر ببيع الشيء على أن يكون هذا الشيء ديناً على البائع ، فالمبيع ههنا يسمى مسلماً فيه ، والثمن ههنا يسمى رأس المال ، والبائع يسمى مسلماً إليه ، والمشتري يسمى رب السلم .

ومنها بيع المساومة ، وهو البيع بثمان يتفقان عليه .

ومنها : بيع الرابحة ، وهو البيع بالثمن الأول وزيادة .

ومنها : بيع التولية ، وهو البيع بالثمن الأول بلا زيادة .

ومنها : بيع الوضعية ، وهو البيع بالنقصان عن الثمن الأول .

والكل مشروع ، إذ البيع يطلق على كل من هذه البيوع .

وقيل أن أقسام البيوع أربعة :

بيع جائز ، وبيع باطل ، وبيع فاسد ، وبيع موقوف .

فالبيع الجائز : بفيد الملك بمجرد العقد إذا كان خالياً عن شرط الخيار والبيع الباطل لا

يفيد الملك أصلاً، بل المقبوض فيه أمانة عند القابض، إذ العقد إذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك، وهذا لا يوجب الضمان، وقيل هو مضمون، وقيل الأول قوله، والثاني قولهما.

والبيع الفاسد: لا يفيد الملك.

وأما البيع الموقوف: فهو كبيع المرهون، وكبيع ملك الغير، إن أجاز نفذ وأفاد الملك وإلا فلا.

ثم إن ههنا بيعاً آخر غير جائزة:

الأول: بيع المزبنة:

وهي: «بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً» كذا في الهداية<sup>(١)</sup>. والأوضح أن يقال هي: «بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثلاً له ظناً وتخميناً لا كيلاً وتعييناً».

الثاني: بيع المحاقلة:

وهو بيع الحنطة في سنبها بحنطة مثل كيلها خرصاً.

الثالث: بيع الملامسة:

وهي أن يتساوم البائع والمشتري بسلعة فإذا لمسه المشتري لزم البيع.

الرابع: بيع القاء الحجر:

وهو أن يضع المشتري على السلعة حصاة فيلزم البيع.

الخامس: بيع المنابذة:

وهي أن ينبذ البائع السلعة إلى المشتري فيلزم البيع.

وهذه البيوع كانوا يفعلونها في الجاهلية فنهى رسول الله ﷺ عنها.

وههنا أمور آخر شبيهة بالبيع وليست بالبيع وهي مكروهة:

منها: النجش بفتحيتين، وهو أن يستلم السلعة بأزيد من ثمنها ولا يريد شراءها، بل يفعل ذلك ليراه الآخر فيقع فيه، ونهى رسول الله ﷺ عن النجش، ويروى بسكون الجيم أيضاً وهو الإثارة والتهيج، وفسره في الهداية<sup>(٢)</sup> بأنه أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب

غيره، وفي الحديث «ولا تناجشوا»<sup>(١)</sup> أي لا تفعلوا النجش، كذا في المغرب<sup>(٢)</sup>.

ومنها السوم على سوم غيره، ومعناه أن يزيد في الثمن الزائد لقوله ﷺ: «لا يستام الرجل على سوم<sup>(٣)</sup> أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه» وهذا نفى في معنى النهي، وهو أبلغ: فإن إخبار الشارع أوكد في اقتضاء الوجوب من الأمر، والفرق بين النجش والسوم أن كلا منهما وإن آشتل على أن يزيد في الثمن، إلا أن فاعله لا يريد الشراء في الأول بل مقصوده إيقاع الغير فيه، وأما في الثاني ففاعله يريد الشراء لنفسه فيزيد لتكون السلعة له لا لغيره.

وكراهة الأمرين مخصوصة بما إذا رضي العاقدان بثمنه، ومال قلب البائع إلى الأول ورضي بذلك، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس بأن يفعل ذلك، وكذا الأمر في النكاح والخطبة.

ومنها: تلقي الجلب: وهو خروج بعض أهل البلد واستقبال ما جيء به إلى البلد وشراؤه منه قبل الوصول إلى البلد، إلا أن كراهيته مخصوصة بزمان العسرة إذ هو إضرار بالعامّة، والجلب بفتح اللام على وزن الطلب مصدر جلب يجلب المصدر بمعنى المفعول أي استقبال المجلوب، أو بمعنى الفاعل أي استقبال الجالب. وههنا زيادة بسط ذكرناه في شرح الوقاية فليرجع إليها.

### باب الإقالة

الإقالة في اللغة<sup>(٤)</sup>: الرفع والفسخ فإنه يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثرتي وفي الشريعة<sup>(٥)</sup>: هي رفع العقد «أي عقد البيع»، وهي جائزة نقلاً وعقلاً.

(١) أخرجه البخاري ٤٨٤/١٠ كتاب الأدب باب «يا أيها الذي آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن» حديث ٦٠٦٦ ومسلم ١٩٨٥/٤ - كتاب البر باب تحريم الظن (٢٨ - ٢٥٦٣).

(٢) المغرب: ٢٠١/٢.

(٣) أخرجه مسلم ١٥٤/٣ كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١٥١٩/٩).

(٤) قيل مشتقة من القول وهزته للسلب أي أزال القول السابق كما في قسط وأقسط أي أزال الجور وهو خطأ لأنهم قالوا: قلته البيع وأقلته وقال الجوهر وأقلته البيع إقالة وهو فسخه وربما قالوا أقلته وهو لغة قليلة فدل قلته البيع على أن العين ياء.

انظر الصحاح ١٨٠٨/٥ النهاية وغريب الحديث ١٣٢٢/٤ والمصباح المنير ٨٠٤/٢.

(٥) حاشية ابن عابدين ١١٩/٥ الكافي ٧٣٢/٢ درر الحاكم ١٧٨/٢ والكفاية ١١٣/٦ وانظر أحكامها في المصادر السابقة وروضة الطالبين ٤٩٢/٣.

وجواهر الإكليل للابن ٥٤/٢. شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٩٢/٦.

أما نقلاً: فلقوله ﷺ<sup>(١)</sup>: «من أقال نادماً بيعته أقاله الله عشرته يوم القيامة».

وأما عقلاً: فلأن العقد حق العاقلين، وقد انعقد بتراضيهما فكما أن العقد حقهما فكذلك الرفع حقهما، ويتحقق ذلك بتراضيهما: ثم إن الإقالة وإن كانت رفعاً للعقد وفسخاً له، إلا أن ذلك إنما هو بالنسبة إلى العاقلين، وأما بالنسبة إلى الثالث الذي هو أجنبي فهو بيع جديد.

والدليل على أنه فسخ في حق العاقلين: أنه يجب على البائع بعد الإقالة مثل الثمن الأول، فلو كانت بيعاً جديداً في حقهما لما كان كذلك، ولأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعاً في حقهما لبطلت كما بطل البيع.

والدليل على أنه بيع جديد في حق الغير، أن البيع إن كان عقاراً - مما تجب فيه الشفعة - فسلم الشفع الشفعة في أصل البيع ثم أقال العاقدان البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع: فللشفيع ولاية طلب الشفعة.

### كتاب الكفالة

الكفالة من الأمور التي يقتضيها الشرع ويرتضيها العقل فإنها إظهار للشفقة والفضائل كلها ومكارم الأخلاق بأسرها على كثرتها منحصرة في أمرين: التعظيم لأمر الله . والشفقة على خلق الله تعالى فمن أقدم عليه فقد أحرز نصف السعادة . وبالجملة فمحاسنها ثابتة عقلاً ونقلاً .

أما عقلاً فلأن من أعان أخاه فذلك يتضمن أمرين .

الأول: أنه استجلاب لإعانة الله تعالى في حق نفسه إذ الله عز وجل في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه المسلم<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه أبو داود وغيره بلفظ من أقال مسلماً أقال الله عشرته يوم القيامة فأبو داود ٧٣٨/٣ في البيوع باب في فضل الإقالة (٣٤٦٠) وابن ماجة ٧٤١/٢ في التجارات باب الإقالة (٢١٩٩) وابن حبان أورده الهيثمي في موارد الظمان ص (٢٧٠) في البيوع باب إقالة (١١٠٣) (١١٠٤) والحاكم في المستدرک ٤٥/٢ في البيوع باب من أقال مسلماً أقال الله عشرته وقال صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي وأخرجه البيهقي ٢٧/٦ في البيوع باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وقبض بعضاً .

(٢) قطعة من الحديث أخرجه مسلم من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ٢٠٧٤/٤ في الذكر والدعاء باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن (٢٦٩٩/٣٨).

الثاني : أن هذا فرع لباب الطلب ، أي طلب الإحسان من غيره إذ الإحسان في حق الغير سبب لانعكاس الأمر إذ القلوب مجبولة على حب من أحسن . وإليه الإشارة النبوية عليه الصلاة والسلام : اللهم لا تجعل لفاجر عندي يداً فيحبه قلبي<sup>(١)</sup> .

أي بلا اختبار لي في ذلك ولهذا قال العارفون : من أحسن فقد أستحسن لأن نفس الإحسان أبلغ طلب لإحسان المحسن إليه قال الله تعالى : ﴿هل جزاء الإحسان إلا الإحسان﴾<sup>(٢)</sup> .

وأما نقلاً : فقوله تعالى : ﴿وكفلها زكريا﴾<sup>(٣)</sup> . فإن قراءة التشديد<sup>(٤)</sup> إشارة إلى منة الله عز وجل على زكريا عليه الصلاة والسلام حيث جعله كفيلاً لمريم عليها السلام فكل من كفل عن مديون أو مستحق عليه فهو في منة الله عز وجل فعلى العاقل أن يلاحظ إعانة الخالق ولا ينظر إلى غرامة المال . بل يلاحظ كرامة ذي الجلال .

وقيل في قوله تعالى : ﴿واليسع وذا الكفل﴾<sup>(٥)</sup> أنه ذكره الله تعالى بهذا الاسم المنبئ عن الكفالة مع أنه نبي من الأنبياء عليهم السلام .

لأنه كان قد كفل جمعاً من الأنبياء عليهم السلام لملك كان قد قصد قتلهم فأنظر إلى مكان الكفالة عند الله عز وجل ، حيث ذكره بهذا الوصف مع نبوته وعلورتبته .

وقال النبي ﷺ<sup>(٦)</sup> : «أنا وكافل اليتيم كهاتين» .

(١) عزاه الحافظ العراقي في تخريج الاحياء لأبي منصور الديلمي في مسند الفردوس من حديث معاذ بن جبل بسند منقطع والحديث في كشف الخفاء ٣٩٦/١ وذكره السيوطي في الدر ١٨٧/٦ والسيوطي في جمع الجوامع (٣٧٧٥) (١٠٠٤٠) وفي كنز العمال (٣٨١٠) وفي الأسرار المرفوعة (٩١) .

(٢) سورة الرحمن : ٦٠ .

(٣) سورة آل عمران : ٣٧ .

(٤) قال القرطبي ٤/٤٥ وقرأ الكوفيون «وكفلها» بالتشديد فهو يتعدى إلى مفعولين والتقدير وكفلها ربها زكريا أي ألزمه كفالتها وقدر ذلك عليه ويسره له وفي مصحف أبي وأكفلها والهمزة كالتشديد في التعدي وأيضاً فإن قبله فتقبلها وأنبأها فأخبر تعالى عن نفسه بما فعل بها فجاء كفلها بالتشديد على ذلك . وخففه الباقر على إسناد الفعل إلى زكريا وانظر في تفسير ذلك إلى البحر المحيط ٤٤٢/٢ وأبي السعود ٣٠/٢ تفسير الطبري ٣٤٥/٦ وفتح القدير ٣٣٤/١ .

(٥) ص ٤٨ .

(٦) أخرجه من رواية سهل بن سعد النجاري ٣٤٩/٩ في كتاب الطلاق باب اللعان (٥٣١٤) وفي الأدب ٤٥٠/١٠ في باب فضل من يعول يتيماً (٦٠٠٥) وأخرجه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه مسلم ٢٢٨٧/٤ في الزهد باب الإحسان إلى الأرملة (٢٩٨٣/٤٢) .



فأي مرتبة أعلى من ذلك وأي وسيلة أعظم هنالك .

وأما ما أشتهر من أن الكفالة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة : فكلام ظاهري قصد فيه إلى بيان ما يلزمها من الآثار العاجلة بالنسبة إلى النفوس العاجزة .

وبالجملة فالكفالة لها معنى في اللغة، ولها معنى في الشريعة، ولها ركن، ولها سبب، ولها شرط، ولها أهل، ولها أنواع، ولها حكم يترتب عليه شرعاً .

أما معناها في اللغة فهو الضم<sup>(١)</sup> قال الله تعالى : ﴿ وكفلها زكريا ﴾ أي ضمها إلى نفسه فإن فعل بمعنى فعل .

وقال ﷺ : « أنا وكافل اليتيم كهاتين أنا ومن ضم اليتيم إلى نفسه » .

وأما معناها في الشريعة فهو ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين<sup>(٢)</sup> .

ومعنى ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة : أن رب المال له ولاية الطلب، أي طلب ماله من كل من يريد، فإن طلب ماله من الأصيل فهو جائز، وإن طلبه من الكفيل فهو جائز، فهو مخير في الطلب .

وأما ان ضم الذمة إلى الذمة ليس في الدين فمعناه : أن أصل الدين على ذمة الأصيل فقط، كما كان في الكفالة<sup>(٣)</sup> وليس على الكفيل دين، إذ لو كان عليه دين فإن كان بطريق الانتقال للزم براءة الأصيل ولسقط الطلب منه وهو باطل . إذ الأصيل مديون بل المديون هو لا غير، وولاية الطلب منه غير ساقطة عنه وإن لم يكن بطريق الانتقال لزم أن يكون الدين الواحد دينين وهو قلب الحقيقة .

فإن قيل : فإذا لم يكن على الكفيل دين فكيف يجوز لرب المال أن يطلب دينه منه ؟ فإن طلب الدين بدون الدين أمر غير معقول .

(١) المغرب ٢٢٧/٢ والصحاح ١٨١١/٤ والمصباح المنير ٨٢٧/٢ المطلع (٢٤٨) لسان العرب ٣٩٠٦/٥ النهاية في غريب الحديث ١٩٢/٤ ترتيب القاموس ٦٧/٤ - ٦٨ .

(٢) در الأحكام ٢٩٥/٢ أنيس الفقهاء (٢٢٣) طلبة الطلبة (٢٨٤ - ٢٨٥) الهداية للمرغيناني ٨٧/٣ . قليوبي وعميرة ٢٤٩/٤ .

وانظر أحكام الكفالة في حاشية ابن عابدين ٢٨١/٥ وفتح القدير ١٦٣/٧ والكفاية ٢٨٣/٦ والكافي ٧٩٣/٢ ومغني المحتاج ١٩٨/٢ وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٣٢/٦ - ٣٩ وقليوبي وعميرة ٢٥١/٤ وشرح مختصر خليل للابن ٩٣/٢ - ٢٤ .  
(٣) في ب قبل الكفالة .

قلنا: ثبوت الدين أمر وولاية الطلب أمر وكل منهما يوجد بدون الآخر.

أما الأول: فلأن من عليه دين مؤجل، أصل الدين عليه ثابت وولاية الطلب عنه بالتأجيل ساقط. فقد وجد الدين بدون ولاية الطلب.

وأما الثاني: فلأن الوكيل بالبيع مطالب بالثمن مع أنه ليس بمدين: لأن أصل الدين على ذمة الموكل. فإنه قد وجد ههنا ولاية الطلب بدون الدين. وما نحن فيه من هذا القبيل.

وأما ركنها: فهو الإيجاب<sup>(١)</sup> والقبول عند أبي حنيفة ومحمد<sup>(٢)</sup> رحمهما الله، فإن الكفالة عندهما لا تتم بالكفيل وحده كفل بالمال أو بالنفس، ما لم يوجد القبول من المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد.

وأما سببها فهو إرادة تسهيل الأمر على المدين، والسعي في إيصال الحق إلى مستحقه.

وأما شرطها: فأمران<sup>(٣)</sup>:

الأول: [أن يكون]<sup>(٤)</sup> المكفول مقدور التسليم، أي يجب أن يكون الكفيل قادراً على تسليمه فلا تصح الكفالة بالحدود والقصاص، إذ غير الجاني لا يؤخذ بجناية الجاني.

الثاني: أن يكون الدين صحيحاً سواء كان على الصغير أو على العبد المحجور لأنه يطالب به بعد العتق، بخلاف الكفالة ببطل الكتابة حيث لا يجوز: إذ الدين هذا غير صحيح إذ لا يجب للمولى على عبده دين وإنما وجب مخالفاً فلا يظهر في حق صحة الكفالة.

وأما أهلها: فهو كل من هو أهل للتبرع، فلا تصح من الصبي ولا من العبد المحجور، ولا من المكاتب، ولا من المريض إلا من الثلث كسائر تبرعاته.

وأما أنواعها فضربان:

الأول: الكفالة بالنفس.

الثاني: الكفالة بالمال.

(١) أي إيجاب الكفيل بقوله كفلت عن فلان لفلان بكذا درر الحكام ٢/ ٢٩٥ والقبول قبول الطالب وهو المكفول له.

(٢) وبهذا قال أبو يوسف في آخر أقواله خلافاً لجمهور الفقهاء الهداية ٣/ ٩٣.

(٣) انظر الكفاية ٦/ ٢٨٣ ابن عابدين ٥/ ٢٨١ وما بعدها ودرر الأحكام ٢/ ٢٩٥.

(٤) سقطت في الأصل والمثبت من ب.

وأما حكمها : أي الحكم الشرعي المترتب على الكفالة بعد صحتها فهو جواز الطلب على ما أشرنا إليه من أن رب المال مخير في الطلب فإن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل .

وإذا عرفت هذه الأمور المهمة : فأعلم أن الكفالة تقتضي عدة أمور : دائناً ومديوناً وكافلاً وأمرأً مشتركاً بين الثلاثة فالدائن يسمى مكفولاً له ، والمديون يسمى مكفولاً عنه والذي ضمن الدين على المكفول عنه لأجل المكفول له يسمى كفيلاً والمال الذي تكفل به وهو المشترك بين الثلاثة يسمى مكفولاً به .

وفي المغرب<sup>(١)</sup> : الكفيل هو الضامن وتركيبه دال على الضم وقد كفل عنه غريم بالمال أو بالنفس كفالة انتهى .

فقد جمع كما ترى هذه الأمور الأربعة في هذه العبارة فالأمر الأول من هذه الأربعة يكون مدخول اللام أبداً .

والأمر الثاني يكون مدخولاً لعن أبداً .

والأمر الثالث يكون فاعلاً لكفل وما أشق منه أبداً .

والأمر الرابع يكون مدخولاً للباء أبداً .

## كتاب الحوالة

اعلم أن الحوالة اسم بمعنى الإحالة يقال : أحلت زيداً بماله على عمرو فأحتال زيد به على عمرو . فأنا محيل وزيد محال ومحتال . والمال محال به وعمرو محال عليه ومحتال عليه . وقولهم للمحتال المحتال له لغو لا حاجة إلى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل<sup>(٢)</sup> قياساً على كفيل وضمين . ومنه قول شيخنا : الحوالة تصح بالمحيل والحويل .

وأصل التركيب دال على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل شيء من محل إلى آخر . كذا في المغرب<sup>(٣)</sup> .

(١) ١٥٦/١

(٢) انظر الكفاية ٣٤٥/٦ تبين الحقائق ١٧١/٤ .

(٣) ١٤٤/١ والمناسبة بين الكفالة والحوالة ظاهرة في أن في كل واحد منهما التزاماً على الأصل .

والحوالة في الشريعة<sup>(١)</sup>: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه .

وفي المغرب<sup>(٢)</sup>: وإنما سمي هذا العقد حوالة لأن فيه نقل المطالبة أو نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى بخلاف الكفالة فإنها ضم ذمة إلى ذمة ؛ انتهى .

فمن حاول علم الحوالة فعليه أن يعرف أولاً ههنا أربعة أشياء : المحيل وهو الذي عليه الدين .

والمحتال له وهو الدائن .

والمحتال عليه وهو الذي تقبل الحوالة به والمحتال به وهو المال .

فإن قيل : كيف يصح تفسير الحوالة بنقل الدين من ذمة إلى ذمة ، والدين عبارة عن وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة فهو عرض والأعراض لا تقبل الانتقال من محل إلى محل .

قلنا : الأوصاف الشرعية لها حكم الجواهر في البقاء : إذ الشرع يحكم ببقائها ، ويجوز انتقالها . فصح نقله من ذمة إلى ذمة .

وأعلم أن تفسير الحوالة بنقل الدين تنبيه على أن الحوالة مخصوصة بالدين وأنها غير جارية في العين . والفقه في ذلك أن الدين كما عرفته آنفاً هو أمر شرعي عقلي ، والنقل الذي نحن بصددده هو أيضاً عقلي ، والنقل في الأعيان حسي لا يتحقق بمجرد القول حتى إن قيل ألف مرة : نقلت هذا الكتاب من ههنا إلى هناك لا يتحقق النقل ما لم ينقل منه إليه فإن الكتاب عين حسي فنقله لا يكون إلا حسيّاً البتة ، بخلاف الدين فإنه أمر اعتباري لا تحقق له إلا باعتبار الشرع ، والنقل أيضاً كذلك فالاعتباري كاف في الاعتباري ، ولأن الدين أمر ثبوته بالقول ، فكما أن القول كاف في ثبوته كذلك القول كاف في نقله بل في دفعه أيضاً .

ثم اعلم أن المشايخ المتأخرين اختلفوا في أن الحوالة هل توجب البراءة عن الدين من المطالبة جميعاً أو توجب البراءة عن المطالبة فقط دون الدين ؟ فمنهم ومنهم .

(١) انظر الكفاية ٣٤٥/٦ وتبيين الحقائق ١٧١/٤ درر الحكام ٣٠٧/٢ الكافي ٧٩٣/٢ وفتح القدير ٤٤٤/٥ بدائع الصنائع ٣٤٣٧/٧ وانظر أيضاً تفصيلها في ابن عابدين ومختصر المزني ٢٢٦/٢ ومغني المحتاج ١٩٤/٢ نهاية المحتاج ٤٢٣/٤ المذهب ٣٤٥/١ .

(٢) ١٤٥/١ .

ومنشأ الخلاف أن محمداً ذكر مسائل بعضها يدل على الأول، وبعضها يدل على الثاني.

والمحققون لما حاولوا الجمع بين القولين وبينوا التوفيق بين الأمرين قالوا: إن الحوالة إبراء لفظاً لكونها نقلاً تأجيل معنى لأنه إذا نوى ما في ذمة المحتال عليه عاد الدين إلى ذمة المحيل. وهذا معنى التأجيل ههنا فوجب أن تكون الحوالة إبراء عن المطالبة دون الدين والعمل بجانب اللفظ والمعنى لما كان متعذراً في بعض المواضع لمكان التنافي: اعتبر محمد جانب اللفظ في بعض الأحكام فجعلها إبراء، وأعتبر جانب المعنى في بعض الأحكام فجعلها تأجيلاً عملاً بالجانبين بقدر الإمكان.

ثم إنه لا بد في الحوالة من رضی المحتال والمحتال عليه.

أما المحتال: فلأن الدين حقه كالمطالبة وبالحوالة ينتقل حقه من ذمة إلى ذمة أخرى، والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه.

وأما المحتال عليه فللزومه الدين، ولا لزوم بدون الالتزام، فرضى المحتال عليه شرط عندنا البتة.

وقال الشافعي: إن كان على المحتال عليه دين فرضاه ليس بشرط<sup>(١)</sup> وأختره الجرجاني<sup>(٢)</sup> من أصحابنا.

وأما أن رضا المحيل هل هو شرط أم لا؟ فظاهر رواية القدوري أنه شرط<sup>(٣)</sup>، ورواية الزيادات<sup>(٤)</sup> أنه ليس بشرط<sup>(٥)</sup>.

والحق ذلك: إذ لا ضرر للمحيل في ذلك أي في أن يؤدي غيره دينه. فرضا المحيل وعدم رضاه لا مدخل له في صحة الحوالة إذ لا أثر لرضاه ههنا. إنما يظهر في الرجوع فإن الحوالة إذا لم تكن بإذنه ورضاه فالذي قضى دينه لا يجوز له أن يرجع على المحيل بمثل ما

(١) انظر المصادر السابقة.

(٢) ومن تسمى بهذا الاسم يوسف بن علي بن محمد صاحب خزانة الأكمل في الفروع كذا في الجواهر ٢/٢٢٨ وتاج التراجم ٦٠ - ومحمد بن يحيى صاحب شرح الجامع الكبير للشيباني المتوفى سنة ٣٩٨ هـ كذا في كشف الظنون (٥٦٩).

(٣) انظر فتح القدير ٧/٢٤٠.

(٤) كتاب لمحمد بن الحسن الشيباني.

(٥) العناية ٧/٢٤٠ - ٢٤١.

أدى. وهذا ما قال في الهداية<sup>(١)</sup>: إن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

والحوالة الخالية عن رضا المحيل صورتها أن يقول رجل لرب الدين: إن لك على فلان كذا فأحتله عليّ فرضي الطالب بذلك فإن هذه الحوالة صحيحة، والأصيل ذمته مبرأة. وهذه الصورة وإن لم تكن في التحقيق من قبيل الحوالة، إلا أنها لما كانت صورتها وكانت شبيهة بها: أطلقوا عليها الحوالة وقالوا: هذه الحوالة صحيحة وإن لم يوجد فيها رضا المحيل فلي تأمل فقد أشكل هذا على كثير من المتفقهين.

إذا عرفت هذا فأعلم أنه إذا تمت الحوالة حصلت البراءة أي ذمة المحيل صارت مبرأة<sup>(٢)</sup> من الدين إذا وجد القبول من جانب المحتال له ومن جانب المحتال عليه، فليس بعد ذلك للمحتال له ولاية الرجوع على المحيل إلا أن يضيع حقه ويهلك. فله إذاً أن يرجع عليه. وقال الشافعي<sup>(٣)</sup>: لا يرجع وإن هلك حقه إذ هي مطلقة خالية عن هذا القيد. ولنا: أنها وإن كانت مطلقة صورة، ألا أنها مقيدة معنى.

أي مقيدة بسلامة حقه له، فيرجع إذا أنتفى هذا القيد.

والهلاك الموجب للرجوع عند أبي حنيفة له صورتان:

أحدهما: أن يجحد المحتال عليه الحوالة ولم يكن للمحتال له ولا للمحيل بينة والمحتال عليه يحلف. والثانية: أن يموت المحتال عليه مفلساً، فإذا وجدت إحدى هاتين الصورتين فالمحتال له يرجع على المحيل: إذ البراءة، أي براءة ذمة المحيل كانت براءة نقل أو استيفاء، لا براءة إسقاط وإهلاك وإفناء، فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وعندهما: هاتان الصورتان:

وصورة ثالثة وهي أن يحكم الحاكم بإفلاس المحتال عليه.

وهذا الخلاف فرع لخلاف آخر وهو أنه هل يثبت الإفلاس بحكم القاضي أم لا؟ فعندهما: نعم وعنده لا.

(١) ٩٩/٣.

(٢) في ب بريئة.

(٣) انظر الأم ٢٠٤/٣ ومغني المحتاج ٢/١٩٥ - ١٩٦.

فإن قيل : جميع ذلك حسن واضح إلا أنه قد أملت مسامعنا من ذكر الذمة فقد سبق في الكفالة أنها ضم الذمة إلى الذمة وفي الحوالة أنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة فما معنى الذمة؟ فإننا لا نعرفه بينوا تؤجروا.

قلنا : الذمة في الأصل مأخوذة من الذم الذي هو خلاف المدح والحمد ، ومعناه اللوم ، ثم أستعملت في معنى العهد ، وجعلت اسماً له ، لأن نقضه يوجب الذم وتفسر بالأمان والضمان وكل ذلك متقارب ، ومن ههنا قيل للمعاهد من الكفار : ذمي لأنه آمن على ماله ودمه بالجزية .

وقوله : جعل عمر رضي الله عنه أهل السواد ذمة<sup>(١)</sup> أي عاملهم معاملة أهل الذمة . ويسمى محل التزام الذمة بها في قولهم : ثبت في ذمتي كذا<sup>(٢)</sup> .

ومن الفقهاء من يقول : هي محل الضمان والوجوب . ومنهم من قال : هي معنى يصير بسببه الأدي على الخصوص أهلاً لوجوب الحقوق له وعليه . والأول هو التحقيق كذا في المغرب<sup>(٣)</sup> .

ثم قال : وفي فتاوى أبي الليث<sup>(٤)</sup> عن علي رضي الله عنه أن رجلاً أتاه وقال : يا أمير المؤمنين قضيت على قضية ذهب فيها أهلي ومالي ، فخرج إلى الرحبة فاجتمع عليه الناس ، فقال : ذمتي بما أقول رهينة وأنا به زعيم ، إن من صرحت له العبر عما بين يديه من المثالات حججه التقوى من تقحم الشبهات ، وإن أشقى الناس رجل قمش علماً في أوباش الناس ، بغير علم ولا دليل بكر فاستكثر فما قل منه خير مما كثر حتى إذا آرتوى من آجن واكتنز من غير طائل : جلس للناس مفتياً لتخليص ما التبس على غيره . فهو من قطع الشبهات في مثل نسج العنكبوت لا يدري أصاب أم أخطأ ، خباط عشواءات ركاب جهالات لم يعرض على العلم

(١) انظر الخراج لأبي يوسف (٢٦) .

(٢) انظر التعريفات (٦٣) شرح الحدود (١٤٣) المطلع (٢٢١) درر الحكام ١/ ٢٩٩ ابن عابدين ٤/ ١٦٩ الكافي ١/ ٤٧٩ وتطلق على أهل العقدة الصحاح ٥/ ١٩٢٦ المغرب ١/ ٣٠٧ النهاية ٢/ ١٦٨ المصباح ١/ ٣٢٢ . وتطلق أيضاً على الأمان كما في قوله ﷺ ويسعى بذمتهم أدناهم - البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة .

(٣) ١/ ١٩٣ .

(٤) نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي أبو الليث الملقب بإمام الهدى له تصانيف نفيسة منها تفسير القرآن وعمدة العقائد وخزانة الفقه وشرح الجامع الصغير في الفقه وغير ذلك توفي سنة ٣٧٣ هـ الفوائد البهية ٢٢٠ الجواهر المضئية ٢/ ١٩٦ الأعلام ٨/ ٢٧ .

بضرر قاطع ولم يسكت عما لم يعلم فيسلم، تصرخ منه الدماء وتبكي منه المواريث، ويستحل بقضائه الفروج الحرام أولئك الذين حلت عليهم النياحة أيام حياتهم.

قرأت هذا الحديث في كتاب نهج البلاغة<sup>(١)</sup> أطول من هذا وقرأته في الفائق<sup>(٢)</sup> برواية أخرى ولا أشرح إلا ما نحن فيه. يقال: هورهن بكذا، أورهن أي مأخوذ به تقول: أنا بالذي أقوله مأخوذ. وزعيم أي كفيل، فلا أتكلم إلا بما هو صدق وصواب. والمعنى أن قولي هذا حق وأنا في ضمانه فلا تعدلن عنه. ثم أخذ في تقريره فقال: إن من صرحت له العبر أي ظهرت أو كشفت: لأن التصريح يتعدى ولا يتعدى، يعني أن من اعتبر بما رأى وسمع من العقوبات التي حلت لغيره فيما سلف حازه التقوى - بالزاي - منعه الاتقاء عن الوقوع فيما يشبهه بشكل أنه حق أو باطل صدق أو كذب حلال أو حرام فيعتبر ويحترز. ويقال تفحم في الوهدة إذا رمى بنفسه فيها على شدة ومشقة، والقمش الجمع من ههنا وههنا، وأوباش الناس أخلاطهم وأرذالهم وقوله بكر أي ذهب بكرة يعني أخذ في طلب العلم أول شيء فاستكثر أي أكثر وجمع كثيراً مما قل منه الصواب مما قل منه كما في الفائق<sup>(٣)</sup> وسماعي في النهج واستكثر من جمع ما قل منه - على الإضافة - وصوابه من جمع بالتنوين أي من مجموع حتى يرجع الضمير في منه إليه أو إلى ما على رواية الفائق والارتواء افتعال من روي بالماء رياً. والأجن الماء المتغير وهذا من المجاز المرشح. وقد شبه علمه بالماء الأجن في أنه لا نفع فيه والاكتناز الامتلاء. والطائل الفائدة والنفع ونسج العنكبوت مثل في كل شيء وإهٍ ضعيف، والعشوة الظلمة بالحركات الثلاث ومنها قولهم ركب فلان عشوة إذا باشر أمراً من غير أن يتبين له وجهه ويقال أوطأته العشوة إذا حملته على أمر ملتبس. وربما كان فيه هلاكه، والخبط في الأصل الضرب على غير استواء ومنه فلان يخبط خبط عشواء، شبهه في تحيره بواطىء العشوة وراكبها وقوله لم بعض على العلم في الفتوى أي لم يتقنه ولم يحكمه. وهذا تمثيل هذا كله كلام المغرب<sup>(٤)</sup>.

(١) نهج البلاغة لسيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقد تصدر لشرحه كثير من العلماء والفضلاء ذكر السيد هبة الله الشهرستاني (٨) أنها تنوف على الخمسين شرحاً ما بين مبسوط ومختصر ولكن أعظم هذه الشروح وأطولها وأشملها بالعلوم والأدب والمعارف هو شرح عز الدين عبد الحميد بن أبي الحديد المدائني وهو مطبوع في مطبعة عيسى الحلبي.

(٢) في غريب الحديث للزمخشري ٤٣٧/١ - ٤٣٨.

(٣) ٤٣٧/١.

(٤) ١٩٣/١ - ١٩٥.



## كتاب أدب القاضي (١)

الأدب عبارة عن كل خصلة محمودة يستوجبها الشرع ويستحسنها العقل فتندرج فيها العفة وإظهار العدل ودفع الظلم وإنصاف المظلوم من الظالم وإيصال الحق إلى أهله، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والحكم بالحق، إلى غير ذلك من محاسن الأخلاق ومكارم الأفعال.

وقد أجمعوا على أن القضاء الشرعي من أقوى الفرائض بعد الإيمان بالله تعالى، وعلى أنه من أشرف العبادات، ولأمر ما نال رتبة الخلافة من نال قال الله تعالى: ﴿إني جاعل في الأرض خليفة﴾ (٢).

وقال: إنا جعلناك خليفة في الأرض.

قالوا: الآداب والآداب مأخوذ من الأدب بسكون الدال يقال: أدب يأدب أدباً إذا دعا ومنه ما ذكر أبو عبيد (٣) في حديث ابن مسعود رضي الله عنه: إن هذا القرآن مآدبة الله تعالى فمن دخل فيه فهو آمن (٤).

والمآدبة بالضم: عبارة عن الصنيع الذي يصنعه الإنسان ويروى بفتح الدال أيضاً بمعنى المصدر كالأدب وقال بعضهم: هما لغتان والمعنى واحد.

والمسائل المتعلقة بالقضاء مشهورة فلنقتصر ههنا على ما فيه نوع غرابة فنقول: القاضي إذا فسق أو ارتشى هل ينزل أم لا (٥)؟ قال في الوقعات: وأختار الطحاوي أن الفاسق إذا قلد القضاء لا يصير قاضياً. ولو فسق ينزل بالفسق.

(١) لما كان أكثر المنازعات يقع في البياعات والديون ذكر ما هو القاطع لا بعد ذكرها وهو قضاء القاضي.  
(٢) سورة البقرة: ٣٠.

(٣) وأبو عبيد صاحب الغريب والتصانيف المشهورة والعلوم المذكورة القاسم بن سلام البغدادي أحد أئمة الإسلام فقهياً ولغة وأدباً أخذ العلم عن الشافعي والقراءات عن الكسائي وغيره وتوفي بمكة سنة أربع وعشرين ومائتين. ابن قاضي شعبة ٦٧/١ أنباء الرواة ١٢/٣ وفيات الأعيان ٢٢٥/٣ تاريخ بغداد ١١/١١ ٤٠٣ الكامل ١٧٣/٦.

(٤) أخرجه الحاكم من حديث ابن مسعود ٥٥٥/٣ في كتاب فضائل القرآن باب القرآن مآدبة الله وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بصالح بن عمر وتعقبه الذهبي فقال صالح ثقة خرج له لكن إبراهيم بن مسلم ضعيف وابن أبي شيبة ٤٣٨٣/١٠ وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية ١٠١/١ وذكره ابن القيسراني في تذكرة الموضوعات (٢٩٣).

(٥) أي هل ينزل بنفي الفسوق أم لا بد من عزله من جهة الإمام؟ فيه وجهان في مذهب الشافعي رضي الله عنه =

والصحيح ما في شرح أدب القاضي أن القاضي لا ينزل بنفسه الفسق بل يعزل.  
وفي الخلاصة: وأختلفت الروايات في تقليد الفاسق والأصح أنه يصح التقليد، ولا  
ينزل بالفسق ثم قال: وفي المحيط: أنه يستحق العزل بنفسه الفسق عند عامة المشايخ وإن  
شرط في التقليد أنه متى جار ينزل فهو ينزل حين فسق وعند الشافعي ينزل والإمام يصير  
إماماً مع الفسق ولا ينزل بالفسق بلا خلاف انتهى كلام الخلاصة.

ونقل الناطفي<sup>(١)</sup> في الأجناس عن أدب القاضي للخصاف<sup>(٢)</sup>: إذا ارتشى القاضي  
وحكم لا يجوز حكمه فإن رد ما أخذ وتاب فهو على قضائه. وفي نوادر هشام<sup>(٣)</sup> قال محمد:  
لوفسق القاضي ثم تاب فهو على قضائه وعن الكرخي: أنه ينزل بنفسه وعنه علي الرازي<sup>(٤)</sup>  
صاحب أبي يوسف<sup>(٥)</sup>: أنه ينزل بالفسق ولا ينزل الخليفة بالفسق انتهى كلام الأجناس ثم  
قال: وإن مكث قاض زماناً وهو عدل، ثم فسق بعد ذلك وأرتشى فكل قضية قضى بها قبل  
الفسق فحكمه بها نافذ، وأبطل كل ما قضى به بعد فسقه. انتهى.

وفي فصول الأسروشي<sup>(٦)</sup>: القاضي إذا أرتشى وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما لم يرتش.

= أصبحهما عند ابن أبي الدم متبعاً فيه المارودي أنه ينزل بمجرد فسقه ويحرم عليه. والحالة هذه متى فسق أن  
ينصب نفسه للحكم ويحكم بين اثنين ويجب عليهم رفع حاله إلى الإمام خلافاً للأحناف القائلين بعدم  
العزل بالفسق وقالوا: يجب على السلطان عزله وينشئ ذلك أن العدالة ليست شرطاً لأهلية القضاء عندهم  
بل هي شرط الأولوية انظر أدب القضاء لابن أبي الدم ١٤٩/١ المارودي ٦٣٦/١ شرح أدب القاضي  
للخصاف ١٤٨/٣ فقرة (٦٥٩) والفتاوى الهندية ٣١٧/٣ فتح القدير ٤٦١/٥.

(١) العلامة شيخ المحققين أبو العباس أحمد بن محمد الناطفي صاحب الأجناس في الفروع الجواهر ١١٣/١.  
توفي سنة ٤٤٦ هـ.

(٢) الإمام أبو بكر أحمد بن عمرو المتوفى سنة ٢٦١ الجواهر المضية ٨٧/١ - ٨٨ وكتاب أدب القاضي مطبوع  
ومتداول بين أهل العلم.

(٣) العلامة أبو عبد الله الرازي المتوفى سنة (٢٠١) هـ. الجواهر ٢٠٥/٢ انظر كشف الظنون ١٩٨١/٢.

(٤) الحافظ الإمام أبو مجاهد بن مسلم الكندي المتوفى سنة ٢١٠ تاريخ بغداد ١٠٦/١٢ معجم المؤلفين  
١٧٥/٧.

(٥) يعقوب بن إبراهيم الكوفي البغدادي صاحب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان توفي سنة ١٨٢ هـ تاريخ بغداد  
٤٢/١٤ م الشذرات ٢٩٨٨.

(٦) للعلامة مجد الدين محمد بن محمود بن حسين الحنفي المتوفى سنة ٦٣٢ الجواهر (٢٨٢/٢) الكشف  
١٢٦٦/٢.

وقال الإمام علي البزدوي : إنه ينفذ فيما آرتشى أيضاً وقال بعض مشايخنا : إن حكمه فيما آرتشى وفيما لم يرتش باطل . وبالقول الأول أخذ شمس الأئمة السرخسي وهو اختيار الخصاف فإن آرتشى القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه : فإن كان بأمره ورضاه فهو بمنزلة ارتشاء القاضي ففضاؤه مردود ، وإن كان بغير علم القاضي نفذ قضاؤه وإن كان على المرتشي رد ما قبض انتهى كلام الفصول .

وفي أجناس الناطفي : الفقيه إذا كان فاسقاً هل يجوز أن يستفتى منه ؟ فيه كلام بين المشايخ : ذكر محمد بن شجاع<sup>(١)</sup> في نوادره سمعت بشر بن غياث<sup>(٢)</sup> يقول : أرى الحجر على ثلاثة فقيه فاسق وطبيب جاهل ومكارمفلس ثم قال ابن شجاع : ولا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق إذ هو يجتهد في الاحتراز عن تخطئة الفقهاء ، فيسعى في الصواب . انتهى كلام الأجناس .

وفي غاية البيان نقلاً عن الفتاوى : فإن أخذ القاضي الرشوة وحكم للذي رشاه بحق ليس فيه ظلم . كان هذا الحكم باطلاً ، فلا يحل لأحد من القضاة أن ينفذه بل يرده إذ قد سقطت عدالة المرتشي قال الله تعالى : ﴿لولا ينهاهم الربانيون والأحبار عن قولهم الإثم وأكلهم السحت﴾<sup>(٣)</sup> وقال تعالى : ﴿أكالون للسحت﴾<sup>(٤)</sup> أي الرشوة كذا فسر ابن عباس رضي الله عنه .

وعن مسروق<sup>(٥)</sup> سئل ابن مسعود رضي الله عنه فقال : هو الرشوة<sup>(٦)</sup> ، فقال السائل : في الحكم ؟ فقال : ويحكم ذلك الكفر ثم تلا قوله تعالى : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾<sup>(٧)</sup> .

(١) محمد بن ضياء شجاع البلخي البغدادي صاحب الحسن بن زياد الجواهر ٢/٦٠ الكشف ١٩٨١/٢ تاريخ بغداد ٣٥/٥ .

(٢) بشر بن غياث المريسي من فقهاء المعتزلة من القائلين بالارجاء توفي سنة ٢١٨ تاريخ بغداد ٥٦/٧ النجوم ٢٢٨/٢ .

(٣) المائدة : ٦٣ .

(٤) المائدة : ٤٢ .

(٥) انظر القرطبي ٢٤١/١٢ روح المعاني البحر المحيط ٤٨٩/٣ معالم التنزيل للبغوي ٣٩/٢ .

(٦) مشروحة ابن الأجدع الهمداني أبو عائشة الكوفي الإمام القدوة روى عن أبي بكر وعمر وعلي ومعاذ وطائفة وروى عنه زوجته قمبر وأبو وائل والشعبي وخلق وأرسل عنه مكحول قال ابن المدني صلى خلف أبي بكر وقال ابن معين ثقة لا أسأل عن مثله توفي سنة ثلاث وستين انظر الخلاصة للخروجي ٢١/٣ (٦٩٤٢) .

(٧) المائدة : ٤٤/٥ .

وقال شمس الأئمة السرخسي<sup>(١)</sup>: وروى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله الراشي والمرتشي في النار»<sup>(٢)</sup>. وعنه ﷺ: الراشي والمرتشي في النار<sup>(٣)</sup> وعنه ﷺ: الراشي والمرتشي والرائش «ملعون»<sup>(٤)</sup>.

والرشوة من الرشاء فإن النازح لا يتوصل إلى الاستقاء إلا به كذلك الإنسان إذا كان لا يتوصل إلى مقصوده الحرام، (فإنه يرشوليتوصل به إلى مقصوده)<sup>(٥)</sup>.

والراشي هو الذي يعطي الرشوة والمرتشي هو الذي يأخذها والرائش هو الذي يتوسط بينهما ليسوي أمره. انتهى كلام الغاية.

ثم قال نقلاً عن الفتاوي: والرشوة أقسام، الأول: يعطي لمن خوفه وهدده ليتخلص من شره ويأمن من خوفه.

الثاني: أن يرشو إنساناً ليسوي أمره فيما بينه وبين السلطان ويسعى في ذلك الباب.

الثالث: أن يرشوليتقلد القضاء من السلطان. الرابع: أن يرشو القاضي ليقضي له.

أما القسم الأول فحكمه أنه لا يحل للأخذ. بل هو حرام عليه، وأما المعطي فيحل له الإعطاء.

أما الأول فلأن الكف عن التخويف والتهديد واجب عليه لحق الإسلام فإن أخذ المال

لإقامة الواجب فهذا المال حرام.

وأما الثاني: فلأنه جعل المال وقاية لنفسه أو صوناً لعرضه وهو موافق للشريعة. ألا

(١) المبسوط: ٦٧/١٦.

(٢) أخرجه الترمذي ٦٢٢/٣ في الأحكام باب ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم (١٣٣٦) وقال حسن صحيح وابن حبان (١١٩٦) والحاكم في المستدرک ١٠٣/٤ وقال حسن صحيح والخطيب في التاريخ ٢٥/٤ وأخرجه من رواية عبد الله بن عمرو دون قوله في الحكم.

أحمد في المسند ١٦٤/٢ وأبو داود في السنن ٩/٤ في كتاب الأقضية باب في كراهية الرشوة (٣٥٨٠) والترمذي في السنن ٦٢٣/٣ في كتاب الأحكام باب ما جاء في الراشي (١٣٣٧) وابن ماجه ٧٧٥/٢ في الأحكام باب التغليظ في الحيف (٢٣١٣).

(٣) أخرجه الطبراني في الصغير عن عبد الله بن عمر كما في المجمع ٢٠٢/٤ وقال الهيثمي ورجاله ثقات.

(٤) أخرجه أحمد والطبراني في الكبير عن ثوبان كما في المجمع ٢٠١/٤، ٢٠٢ وقال وفيه أبو الخطاب وهو

مجهول.

(٥) سقط من الأصل.

ترى إلى ما روي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أنه قال: ما وجدنا في بعض زمن زياد<sup>(١)</sup> شيئاً خيراً من المال كنا نبذل لنصون به أنفسنا. فدل ذلك على أن البذل والإعطاء جائز.

وأما القسم الثاني، فحكمه أنه لا يحل له الأخذ والحيلة في ذلك أن يقول الرجل له: استأجرني يوماً إلى الليل ببذل معلوم فيستأجره فهذا صحيح ثم إن المستأجر بالخيار، إن شاء استعمله في ذلك العمل، وإن شاء استعمله في عمل آخر.

وأما الثالث فحكمه أنه لا يجوز الأخذ ولا الإعطاء بل الراشي والمرتشي كلاهما في النار.

قال النبي ﷺ: إنا لا نقلد العمل من يأتينا عليه بالشفعاء<sup>(٢)</sup>، فإذا كان التقليد ممنوعاً بالشفاعة فما ظنك بالتقليد بالرشوة إذ الراشي إنما يرشو ليأخذ من الناس أكثر مما أعطى فيحرم الأخذ والإعطاء.

وأما الرابع: فحكمه أنه إن أخذه القاضي ليحكم بالجور فالمأخوذ حرام لوجهين الأول: أنه رشوة فيكون حراماً.

الثاني: أنه وسيلة إلى الجور والجور حرام فوسيلته أولى بالحرمة. فهو حرام على حرام ظلمات بعضها فوق بعض وإن أخذه ليحكم بالحق فالمأخوذ حرام عليه إذ الحكم بالحق واجب عليه فأخذ الرشوة عليه حرام.

وأما المفتي فهل يجب أن يكون من أهل الاجتهاد؟ فقال صدر الإسلام البزدوي<sup>(٣)</sup> في أصوله أجمع العلماء والفقهاء على أن المفتي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد فإنه لا يقدر على أن يفتي للناس بدون الاجتهاد وإن لم يكن من أهل الاجتهاد لا يحل له أن يفتي إلا بطريق الحكاية فيحكى ما يحفظ من أقوال الفقهاء. ولا يحل له أن يفتي فيما لا يحفظ فيه قولاً من أقوال المتقدمين. وأما القاضي فهل يجب أن يكون مجتهداً؟ فيه خلاف.

(١) زياد ابن أبيه: أمير من الدهاة القادة الفاتحين من أهل الطائف اختلفوا في اسم أبيه فقليل عبيد الثقفي وقليل أبو سفيان.

أدرك النبي ﷺ ولم يره وأسلم في عهد أبي بكر الصديق وكان كاتباً للمغيرة بن شعبة ثم لأبي موسى الأشعري ولد سنة واحد هجرية وتوفي سنة ٥٣ هـ انظر الكامل ١٩٥/٣ تاريخ الملوك للبيهقي ١٦٢/٦ تهذيب ابن عساكر لبدان ٤٠٦/٤ لسان الميزان ٤٩٣/٢ الميزان ٣٥٥/١ الأعلام ٥٣/٣.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ في المصادر التي تحت يدي.

(٣) ليس لصدر الإسلام بل لفخر الإسلام.

فعدنا: لا، بل الاجتهاد شرط الأولوية وعند الشافعي الاجتهاد شرط قال حجة الإسلام<sup>(١)</sup>: أعلى الله درجته في دار السلام: لا بد للقضاء من صفات وهي أن يكون ذكراً حراً مجتهداً بصيراً عدلاً، فلا يجوز قضاء المرأة والعبد والأعمى والفاسق والجاهل والمقلد كذا في الوجيز<sup>(٢)</sup>.

وأستدلوا على وجوب الاجتهاد بما روي عن النبي ﷺ حيث بعث معاذاً إلى اليمن فقال له: بم تقضي؟ قال: بكتاب الله تعالى قال ﷺ: فإن لم تجد قال بسنة رسول الله ﷺ: فإن لم تجد قال: أجتهد برأيي فقال رسول الله ﷺ: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول<sup>(٣)</sup> الله ولأنه إذا لم يكن مجتهداً فلعل حكمه يكون مخالفاً للنص أو الإجماع.

(١) محمد بن محمد بن محمد الإمام القدوة حجة الإسلام زين الدين أبو حامد الطوسي الغزالي ولد بطوس سنة خمسين وأربعمائة أخذ عن الإمام أبي المعالي ولازمه حتى صار أفقه أهل زمانه توفي في جمادى الآخرة سنة خمس وخمسمائة ومن تصانيفه البسيط والوسيط والوجيز والخلاصة والفتاوى والإحياء وهو الأعجوبة العظيم الشأن والمستصفي والمنحول وغير ذلك انظر ابن قاضي شهبة ٢٩٣/١ الأعلام ٢٤٧/٧ وفيات الأعيان ٣٥٣/٣ ابن السبكي ١١٠/٤ مفتاح السعادة ١٩١/٢٥.

(٢) ٢٣٩/٢.

(٣) أخرجه أبو داود ١٨/٤ في الأقضية باب اجتهاد الرأي في القضاء حديث (٣٥٩٢) (٣٥٩٣) والترمذي ٦٠٧/٣ في أبواب الأحكام باب ما جاء في القاضي كيف يقضي حديث (١٣٢٧) (١٣٢٨) والإمام أحمد في مسنده ٥/٢٢٣٠، ٢٣٦، ٢٤٢، وأخرجه الدارمي ٦٠/١ وابن حزم في الأحكام ١٠٠٢/٦ والخطيب في الفقيه والمتفقه ١٨٨/١ وابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٥٦/٢ وقال البخاري في التاريخ الكبير ٢/٢٧٧ لا يصح هذا الحديث وقال الترمذي ليس إسناده عندي يحصل وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية ٢/٢٧٣ هذا الحديث لا يصح وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم ويعتمدون عليه ولعمري إن كان معناه صحيحاً إنما بثبوته لا يعرف لأن الحارث بن عمرو مجهول وأصحاب معاذ من أهل حمص لا يعرفون وما هذا طريقه فلا وجه لثبوته وقال الخطيب البغدادي في المصدر المشار إليه سابقاً أن أهل العلم قد قبلوه واحتجوا به فوقفنا بذلك على صحته عندهم كما وقفنا على صحة قول رسول الله ﷺ: لا وصية لوارث وقوله في البحر (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) وقوله (إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة تحالفاً وتراداً) وقوله (الدية على العاقل) وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد لكن لما تلقفتها الكافة عن الكافة غنوا بصحتها عندهم عن طلب الإسناد لها فكذلك حديث معاذ لما احتجوا به جميعاً غنوا عن طلب الإسناد له أھـ.

وقال الحافظ أبو بكر بن العربي في عارضة الأحوذ ٧٢/٦ - ٧٣ (اختلف الناس في هذا الحديث فمنهم من قال إنه صحيح ومنهم من قال إنه لا يصح والدين القول بصحته فإنه حديث مشهور يرويه شعبة بن الحجاج ورواه عنه جماعة من الفقهاء والأئمة منهم يحيى بن سعيد وعبد الله بن المبارك وأبو داود الطيالسي والحارث بن عمرو والحذلي الذي يرويه عنه وإن لم يكن معروفاً إلا بهذا الحديث فكفى يرويه شعبة عنه =

ولنا أن المقصود من القضاء تنفيذ الأحكام وإيصال الحق إلى المستحق، وهذا المعنى يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره كما يحصل من المجتهد دليله ما ذكره أحمد بن حنبل في مسند علي كرم الله وجهه أنه قال أنفذني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السن، فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال: إن الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك «فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك».

وروى صاحب السنن<sup>(١)</sup> بإسناده إلى علي كرم الله وجهه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً فقلت: يا رسول الله:

أنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقض حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أخرى أن تبين لك القضاء قال: فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد».

فعلم أن الاجتهاد ليس بشرط للجواز لأن علياً رضي الله عنه لم يكن حنيئذٍ من أهل الاجتهاد، ولأنه كما يجوز للمفتي أن يفتي بالسمع عن غيره بطريق الحكاية.

فكذلك القاضي يقضي بفتوى غيره لا برأيه.

هكذا ذكره القوم.

ولا يخفى أن الاستدلال بقضية علي رضي الله عنه ليس بشيء إذ المقصود من اشتراط الاجتهاد كونه محفوظاً عن الخطأ الفاحش إذ الاجتهاد ليس مقصوداً لذاته ودعوة رسول الله ﷺ في حقه أعلى وأقوى من ألف اجتهاد فمع وجود الماء عند المتوضي كيف يباح التيمم.

= ويكون ابن أخ المغيرة بن شعبة في التعديل به والتعريف به وغاية حظه في مرتبته أن يكون من الأفراد لا يقدر ذلك فيه ولا من أحد من أصحاب معاذ مجهولاً ويجوز أن يكون في الخبر إسقاط الأسماء عن جماعة ولا يدخل ذلك في حيز الجهالة وإنما يدخل ذلك في المجهولات إذا كان واحداً فيقول: حدثني رجل حدثني إنسان ولا يكون الرجل للرجل صاحباً حتى يكون له اختصاص فكفي وقد زيد تعريفاً بهم أنهم أضيفوا إلى بلد أهـ.

(١) أبو داود السجستاني الأزدی انظر السنن ٣/٣٠١ الأقضية باب كيفية القضاء (٣٥٨٢) وفي الحديث دليل على أنه يحرم على الحاكم أن يحكم قبل سماع حجة كل واحد من الخصمين واستفصال ما لديه والإحاطة بجميعه قال الشوكاني: فإذا قضى قبل السماع من أحد الخصمين كان حكمه باطلاً فلا يلزم قبوله بل يتوجه عليه نقيضه ويعيده على وجه الصحة أو يعيده حاكم آخر انظر عون المعبود ٩/٤٩٩ (٣٥٦٥).

وفي الهداية<sup>(١)</sup>: ينبغي أن يكون القاضي صاحب قريحة، وفي غاية البيان: القريحة خالص الطبيعة ومنه اشتقاق القراح وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره، وفي تهذيب الديوان قريحة البئر أول مائها والقريحة الطبيعة وفي مجمل اللغة<sup>(٢)</sup>: القريحة أول ما يستنبط من البئر ولذلك يقال: لفلان قريحة حميدة يراد بها استنباط العلم ومثله في الصحاح<sup>(٣)</sup> وقال المطرزي في الإيضاح: القريحة في الأصل أول ما يستنبط من البئر وهي فعيلة بمعنى مفعولة جعلت اسماً للبئر من قرحتها إذا حفرتها ثم سموها الماء بذلك لملاسة بينهما ثم قالوا فلان حسن القريحة إذا أبدع شعراً أو خطبة فأجاد فاستعاروها للطبع وهي من مستعار المجاز لأن أصل القرع الجرح والشق ومنه القارح وهو الفرس الذي قرع نابه أي شق. انتهى.

ويجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل.

وفي فصول الاسروشنى ويجوز التقليد من السلطان الجائر أيضاً، لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا الأعمال من معاوية رضي الله عنه بعدما أظهر الخلاف لعلي كرم الله وجهه والحق مع علي رضي الله عنه في نوبته وتقلدوا من يزيد مع فسقه والتابعون تقلدوا من الحجاج<sup>(٤)</sup> مع أنه كان أفسق أهل زمانه. انتهى.

وقال الناصحي<sup>(٥)</sup>: في تهذيب أدب القاضي للخصاف<sup>(٦)</sup> وإن كان قاضي الخوارج

(١) ١٠١/٣.

(٢) لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني الرازي اللغوي انظر نزهة الألباء (٣٢٠) يتيمة الدهر ٣/٤٠٠ إنباه الرواة ١/٩٤ معجم الأدباء ٤/٨٠ وفيات الأعيان ١/١٠٠ شذرات الذهب ٣/١٣٢ النجوم الزاهرة ٤/٢١٢.

(٣) ٣٩٦/١.

(٤) ابن يوسف الثقفي.

(٥) عبد الله بن الحسين أبو محمد الناصحي قاضي القضاء وإمام الإسلام وشيخ الحنفية في عصره والمقدم على الأكابر من القضاة والأئمة في دهره ولي القضاء للسلطان الكبير محمود بن سبكتكين ببخارى وله الطريقة الحسنة في الفقه والمرضية عند الفقهاء توفي سنة سبع وأربعين وأربعمائة انظر ترجمته في الجواهر ٢/٣٠٥ (٧٠١) تاريخ بغداد ٩/٤٤٣ تاج التراجم ٣١ طبقات الفقهاء لطاش كيري زاده (٨٠) أعلام الأخيار رقم ٢٤٦ الطبقات السنية (١٠٥٨).

(٦) أحمد بن عمر بن مهير الشيباني أبو بكر المعروف بالخصاف فرضي حاسب فقيه كان مقدماً عند الخليفة المهتدي بالله له تصانيف كثيرة منها أحكام الأوقاف والحيل والوصايا والشروط والرضاع والمحاضر والسجلات وأدب القاضي والنفقات ودرع الكعبة والخراج وغير ذلك توفي ببغداد سنة (٢٦١). الجواهر ١/٨٧ أعلام ١/١٨٥ فهرست ١/٢٠٦ الفوائد البهية ٣٠ مفتاح السعادة ٢/١٣٨.



من أهل الجماعة والعدل ففضى ثم رفع إلى قاضي أهل العدل أمضاه ويجوز قضاؤه بين الناس: لأن شريحاً<sup>(١)</sup> كان يتولى القضاء من جهة معاوية ومن بعده من بني أمية وكانوا خارجين على الإمام الحق وقوله: الحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته إنما قال في نوبته احترازاً عن قول الروافض فإنهم يقولون: الحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أجمعين.

### كتاب الشهادة<sup>(٢)</sup>

الشهادة في اللغة<sup>(٣)</sup>: هي الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان وهي مأخوذة من المشاهدة بمعنى المعاينة وإليه الإشارة النبوية عليه الصلاة والسلام: إذا رأيت مثل الشمس فأشهد وإلا فدع<sup>(٤)</sup>.

أو مأخوذة من الشهود بمعنى الحضور، يقال: شهدت مجلس فلان أي حضرت، قال الله تعالى: ﴿وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود﴾.

وفي الشريعة<sup>(٥)</sup> هي إخبار صادق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء بحق للغير على آخر غير المخبر.

(١) شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي أبو أمية: من أشهر القضاة في صدر الإسلام من أصل يمني ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة (٧٧) هـ مات بالكوفة (٧٨) هـ انظر طبقات ابن سعد ٦/٩٠. وفيات الأعيان ١/٢٢٤ حلية الأولياء ٤/١٣٢ شذرات الذهب ٨٥/١ الأعلام للزركلي ٣/١٦١.

(٢) أوردها عقيب القضاء لأن كل واحد منهما قول ينتفع به أحد الخصمين ويتضرر به الآخر وهي إنما تقبل في مجالس القضاء ولا تكون ملزمة بدون القضاء فلذلك عقبه بها وفي النهاية أورد كتاب الشهادات بعد أدب القاضي للمناسبة بينهما إذ القاضي في قضائه يحتاج أولاً إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم.

(٣) انظر الصحاح ٢/٤٩٤ القاموس ١/٣١٦ والمصباح ١/٤٩٧ والمغرب ١/٤٥٩.

(٤) أخرجه الحاكم والبيهقي من حديث ابن عباس مرفوعاً بلفظ إذا علمت مثل الشمس فأشهد وإلا فدع ورواه الديلمي عنه بلفظ ابن عباس لا تشهد إلا على أمر يضيء لك كضياء الشمس ورواه الطبراني والديلمي أيضاً عن ابن عمر وقال النجم بعد أن عزاه بلفظ الترجمة للسخاوي لا يعرف بهذا اللفظ وأقول لا يظهر المراد منه فتأمل وزاد النجم حديث علي مثلها فأشهد أو فدع قال أورده الرافعي بلفظ أن النبي ﷺ سئل عن الشهادة فقال للسائل ترى الشمس؟ قال: نعم قال علي مثلها فأشهد أو فدع قال ابن الملقن وهو غريب بهذا اللفظ، انتهى، كشف الخفاء ٢/٩٣ (١٧٨١).

(٥) انظر الكفاية ٦/٤٤٦ ابن عابدين ٥/٤٦١ الكافي ٢/٨٩٢ الدرر ٢/٣٧٠ الإشراف ٢/٣٥٦ مغني المحتاج ٤/٤٢٦.

فالشهادة الشرعية مقيدة بقيود، كلها معتبر في تعريفها الشرعي .

الأول الصدق بحسب ظاهر الشرع ، أي يجب أن يكون إخباره محتملاً للصدق وهو احتراز عن المحدود في القذف فإن إخباره لا يحتمل الصدق شرعاً إذ الشرع حكم بكذبه .

الثاني : لفظة الشهادة ، حتى لو قال : أعلم وأتيقن فلا اعتباره وإخباره ليس بشهادة .

الثالث : وقوعها في مجلس القضاء فإن أخبر في غيره فليس بشهادة شرعاً .

الرابع : قوله بحق للغير ، احتراز عن الإخبار بحق لنفسه على الغير ، وهو ضروري ليخرج الدعوى فإن الدعوى إخبار بحق لنفسه على الغير فهذا القيد أيضاً ضروري .

الخامس : قوله غير المخبر هذا القيد أيضاً ضروري وإلا اندرج تحته الإقرار إذ الإقرار إخبار بحق للغير على آخره وهو نفسه وتحقيق المقام أن الإخبارات أربعة شهادة ودعوى وإقرار وإنكار فالشهادة ما سمعته آنفاً والدعوى هي إخبار بحق لنفسه على غيره والإقرار هو إخبار بحق لغيره على نفسه والإنكار إخبار بأن ما في يده حق لنفسه وبهذا ظهر أن تفسير الوقاية بقوله : هي إخبار بحق للغير ليس بشيء .

### كتاب الوكالة (١)

الوكالة اسم بمعنى التوكيل كالسلام بمعنى التسليم والكلام بمعنى التكليم (٢) والوكالة بالكسر مصدر الوكيل والفتح لغة كذا في المغرب (٣) .

والوكيل جمعه الوكلاء وهو فاعل بمعنى مفعول ، إذ الأمر موكول إليه ، أي مفوض إليه .

فالوكالة في اللغة : هي تفويض الأمر إلى غيره مطلقاً .

وفي الشريعة (٤) : تفويض التصرف إلى غيره تصرفاً يملكه المفوض ويعقله المفوض

(١) وأما المناسبة بين البابين فلأن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقال حسبنا الله ونعم الوكيل وأما لأن كلاً منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة في إحياء حقه وإما لأن كلاً منهما يصلح سبباً لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات .

(٢) الصحاح ١٨٤٥/٥ القاموس ٦٧/٤ . المغرب ٣٦٨ .

(٣) المغرب : ٢٦٨/٢ .

(٤) انظر طلبة الطلبة (١٣٧) الحدود (٣٢٧) والمطلع (٢٥٨) فتح القدير ٤٩٩/٧ تبين الحقائق ٢٥٤/٤ ابن عابدين ٥٠٩/٥ الكافي ٧٨٦/٢ والإشراف ١٠/٢ مغني المحتاج ٢١٧/٢ .

إليه ويقصده فلا بد من تعقله بمعنى أنه يجب أن يعرف أن البيع سالب وأن الشراء جالب، ويعرف الغبن الفاحش وما أشبه ذلك. ولا بد من القصد أيضاً، بمعنى أنه يجب أن يقصد التصرف الذي يفعله إذ لو لم يقصد كان هازلاً أو مجنوناً فلا عبرة به، فيصح توكيل الحر البالغ العاقل مثله، وأهمل في الوقاية ذكر العقل وليس بشيء إذ المجنون لو وكل غيره فلا عبرة به. فإن لم يكن الخصم راضياً فعنده يرتد بالرد، وعندهما لا، فالخلاف في لزوم لا في الجواز.

فإن كان الموكل مريضاً مرضاً لا يقدر به على حضور مجلس القاضي أو غائباً مسيرة سفره أو مريداً للسفر مشغلاً بإعداد عدة السفر، أو مخدرة لا تعتاد الخروج فليس للخصم ولاية الرد اتفاقاً وههنا مباحث آخر شرعية ذكرناها في شرح الوقاية.

### كتاب الدعوى<sup>(١)</sup>

ههنا مقامان، الأول: تصحيح هذا اللفظ لغة مع تصحيح تصرفه. الثاني: بيان معناه لغة وشرعاً.

وبيان ركنه، وبيان شرطه، وبيان حكمه.

أما الأول: فهو أن لفظ الدعوى اسم بمعنى المصدر يقال: ادعى زيد على عمرو مالاً فزيد هو المدعي وعمرو هو المدعى عليه، والمال المدعى، والمدعى به لغو، والمصدر الادعاء، والاسم الدعوى وألفها للتأنيث، فلا ينون، يقال: دعوى صحيحة أو باطلة وجمعها دعاوى بالفتح، كفتوى وفتاوى كذا في المغرب<sup>(٢)</sup>.

فإن جعل الباء زائدة كما في علمه وعلم به جاز.

وأما الثاني فهو أن الدعوى في اللغة هو الإخبار مطلقاً.

وفي الشريعة<sup>(٣)</sup>: هو إخبار بحق له على غيره الحاضر معه في مجلس القضاء فلا بد من التقييد بالحضور، وإلا لم يكن هذا دعوى شرعية ولا بد من مجلس القضاء إذ الدعوى لا

(١) أوردها عقيب المعاملات لأنها تترتب عليها في الوجود.

(٢) ٢٨٨/١ وما بعدها، القاموس ٣٢٩/٤ والمصباح المنير ٢٩٨/١.

(٣) انظر الطلبة (١٣٤) والمطلع (٤٠٣) وابن عابدين ٥٤١/٥ وفتح القدير ١٥٢/٨، الكافي ٩٢١/٢ مغني المحتاج ٤٦١/٤.

تصح في غير مجلس القضاء فإن وقعت في غير مجلسه لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي وقد يجعل مجلس القضاء شرطاً لا داخلياً وركناً.

وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم، لأن حكم الشيء ما يجب به. وقد اختلفت كلمة الفقهاء في تفسير المدعي مع اعترافهم بأن الدعوى هو الإخبار المذكور فقليل: المدعي من إذا ترك ترك، والمدعى عليه من لا يترك إذا ترك وقيل: المدعي من يدعي باطلاً ليزيل به ظاهراً والمدعى عليه من تثبت ظاهراً على حاله وقيل: المدعي من لا يجبر على الخصومة، والمدعى عليه من يجبر ولا يخفى أن هذا خرم لقانون اللغة، وهدم لقاعدة العربية، والتفصي عن هذا الاشكال ذكرناه في شرح الوقاية فليطلب هناك.

### كتاب الإقرار (١)

قد عرفت فيما سبق من تقسيم الإخبار إلى الأقسام الأربعة: أن الإقرار هو إخبار بحق للآخر على نفسه (٢).

فإن جعل الحرية والعقل والبلوغ شرطاً، فتفسيره ما ذكر وهذه الثلاثة شروط خارجة وإن جعلت داخلة في حقيقته الشرعية وجعلت أجزاء فنقول: الإقرار هو إخبار صادر من الحر المكلف بحق للغير على نفسه وبالجملة فالإقرار له ركن وله حكم فركنه أن يقول: له عليّ كذا درهماً.

إذا الإقرار إنما يقوم به وركن الشيء ما يقوم ذلك الشيء، وأما حكمه فهو ظهور المقر به لا إنشاؤه أي لا إثباته ابتداء كالشهادة، ثم إن المشايخ اختلفوا في الإقرار هل هو سبب للملك أو لا؟

فقليل وقيل: وتفصيله في الفتاوى.

(١) أوردته بعد الدعوى لأن الدعوى تنقطع به فلا يحتاج بعده إلى شيء آخر حتى إذا لم يوجد يحتاج إلى الشهادة ولهذا أعقبها. أنيس الفقهاء (٢٤٣).

(٢) وهو مشتق من القرار وهو لغة: إثبات ما كان متزلزلاً الصحاح ٧٨٨/٢ والمغرب ١٦٧/٢ والقاموس ١١٩/٢ وانظر الكفاية ٧/٢٩٦ وابن عابدين ٥/٥٥٨ والكافي ٢/٨٨٦ ومغني المحتاج ٢/٢٣٨ والإشراف ١٤/٢ تبين الحقائق ٥/٢.

## كتاب الصلح

الصلح اسم من المصالحة وهي المسالمة بعد المحاربة وأصله من الصلاح، وهو استقامة الحال<sup>(١)</sup>.

وفي المغرب: الصلاح خلاف الفساد، وصلاح الشيء من باب طلب. وقد جاء في باب قرب صلاحاً وصلوحاً وأصلحه غيره.

والصلح: اسم بمعنى المصالحة والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم. انتهى.

وفي الشريعة<sup>(٢)</sup> هو عبارة عن عقد برفع النزاع بين المتخاصمين فلو قيل هو أمر برفع النزاع لاندرج فيه الإقرار والحكم لأن كلا منهما أمر برفع النزاع، فلما قيل: هو عقد خرج هذان لأن شيئاً منهما ليس بعقد إذ العقد قائم بالعاقدين.

وأقسام الصلح ثلاثة إذ الخصم إن سكت فهو الصلح مع السكوت، وهو أحد الأقسام الثلاثة وإن لم يسكت بل اشتغل بالجواب، فإن أجاب بالإقرار فهو الصلح مع الإقرار وهو القسم الآخر من الأقسام الثلاثة وإن أجاب بالإنكار فهو الصلح مع الإنكار، وهو قسم آخر، والحصر عقلي دائر بين النفي والإثبات.

وكل من هذه الأقسام صحيحة عندنا.

## كتاب المضاربة<sup>(٣)</sup>

المضاربة: في اللغة مأخوذة من الضرب في الأرض بمعنى السير فيها.

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ<sup>(٤)</sup>﴾ الآية.

وقال عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى

(١) ٤٧٨/١ الصحاح ٣٨٣/١ والقاموس ٢٤٣/١ المصباح المنير ٥٢٨/١ شرح الحدود (٣١٤) والطلبية (١٤٤).

(٢) انظر شرح فتح القدير ٤٠٣/٨ ابن عابدين ٦٢٨/٥ والكافي ٨٧٨/٢ ومغني المحتاج ١٧٧/٢ الإشراف ٣٧٨/١ الكافي ٨٧٨/٢.

(٣) وهي كالمصالحة من حيث أنها تقتضي وجود البدل من جانب واحد.

(٤) سورة النساء: ١٠١.

إليك السلام لست مؤمناً<sup>(١)</sup>. وفي الشريعة<sup>(٢)</sup> عبارة عن عقد واقع بين اثنين من أحدهما المال ومن الآخر العمل ويكون الربح مشتركاً بينهما على النمط الذي شرطاً.

وإنما سمي هذا العقد مضاربة لاشتغالها على السير في الأرض كالصلاة سميت ركوعاً وسجوداً لاشتغالها على الركوع والسجود، ولأن غرض العاقلين حصول الربح ولن يحصل ذلك في الأعم الأغلب إلا بالضرب في الأرض وإليه الإشارة الإلهية بقوله الكريم: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ فهو إشارة إلى هذا الضرب وأبتغاء الفضل إشارة إلى طلب الربح.

فإن قيل: المضارب في الأرض هو العامل لا رب المال. فلم سمي ذلك بأسم المضاربة وهي صيغة مقتضية لكون الضرب من الطرفين؟ قلنا: المعتبر في الإطلاق هو المعنى الشرعي وهو من الطرفين لا من طرف واحد، إذ العقد قائم بالعاقلين ويكفي في صحة هذا الإطلاق اشتغالها على الضرب اللغوي من طرف واحد. وللمضاربة ركن ولها شرط ولها حكم.

أما ركنها: فهو الإيجاب والقبول فيقول رب المال: دفعت هذا المال إليك مضاربة أو معاملة بالنصف ويقول المضارب قبلت. أو ما يؤدي هذا المعنى مثل أن يقول رب المال: خذ هذا المال وأعمل به على أن ما رزقه الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان أو على أن لك رבעه أو خمسة أو عشرة.

وأما شرطها: فأمر خمسة الأول إعلام رأس المال تسمية أو إشارة.

الثاني: تسليم رأس المال.

الثالث: أن يكون الربح الحاصل شائعاً.

الرابع: كون رأس المال من جنس الأثمان.

الخامس: بيان نصيب المضارب في الربح.

فإن اجتمعت هذه الشرائط صحت المضاربة وإلا صارت فاسدة وينقلب إجارة فاسدة.

(١) سورة النساء: ٩٤.

(٢) انظر الصحاح ١/١٦٨ درر الحكام ٢/٣١٠ وابن عابدين ٥/٦٤٥ والدسوقي على الشرح الكبير ٣/٥١٧ والكافي ٢/٧٧١ ومغني المحتاج ٢/٣٠٩ والمغني لابن قدامة والإشراف ٢/٧٣٧.

وأما حكمها: فأمر: إيداع، وتوكيل، وشركة، وغصب، وبضاعة، وقرض، وإجارة فاسدة، إن فسدت يعني أن عقد المضاربة يتضمن هذه الأمور المختلفة حسب اختلاف الملاحظة، أي ملاحظة جهاتها وحيثياتها فإن لوحظ أنها قبض المال بأمر المالك لا على وجه البدل والوثيقة فهو إيداع والمال المدفوع أمانة. والمضارب أمين فقولنا: لا على وجه البدل احتراز عن قبض المال بأمر المالك على سوم الشراء.

وقولنا: لا على وجه الوثيقة احتراز عن الرهن وإن لوحظ أن المضارب مأذون بالعمل، ويجوز له أن يشتري بهذا المال شيئاً، فهو توكيل: إذ هو تصرف في مال الغير بأمره، والمضارب وكيل. وإن لوحظ تملكه لشطر من المال بسعيه وكسبه وعمله فهو شركة والمضارب شريك. وإن لوحظ عند المخالفة كون المضارب مخالفاً لرب المال، فهو غصب وصار المال مضموناً عليه: إذ هو تعد في ملك الغير وإن لوحظ اشتراط كل الربح للمالك أي رب المال فهو بضاعة إذ البضاعة عبارة عن طائفة من المال تبعث للتجارة.

وإن لوحظ اشتراط كل الربح للمضارب على تقدير وقوع الاشتراط فهو قرض كأنه استقرض منه هذا المال ويعمل فيه لنفسه، وإن لوحظ فسادها فهو إجارة فاسدة.

والعبارة المختصرة الجامعة أن يقال: هي إيداع أولاً، أي قبل العمل، وتوكيل بعد العمل، وشركة إن ربح، وغصب إن خالف، وبضاعة إن شرط كل الربح للمالك وقرض إن شرط كل الربح للمضارب، وإجارة فاسدة إن فسدت بترك شرط من شروطها الخمسة.

فإن فسدت فصارت إجارة فاسدة فلا ربح للمضارب عند الفساد بل له أجر عمله ربح أولاً: لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد فإن هلك المال فلا يضممه المضارب لا في المضاربة الصحيحة ولا في الفاسدة.

### كتاب الودیعة

الوديعة فصيلة من الموادة وهي المتاركة. فالوديعة شيء متروك عند الأمين فعيلة بمعنى مفعولة كذا في المغرب<sup>(١)</sup> وقيل هي من الإيداع وهو تسليم الغير على الحفظ أي حفظ ما ترك عنده يقال: استودعت زيدا مالاً واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة.

(١) ٢٤٣/٢ والصحاح ١٢٩٦/٣ والقاموس ٩٥/٣ وطلبة الطلبة (٩٨) والتعريفات (١٧٣) والمطلع (٢٧٩).

فإذا عرفت ذلك فأعلم أن عقد الوديعة عقد مشروع تثبت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة .

فالكتاب قوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾<sup>(١)</sup> .

والسنة قوله ﷺ : «إن الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»<sup>(٢)</sup> .

وأما الإجماع فلأن الأمة من عصر النبوة إلى زماننا هذا كانوا يفعلون ذلك من غير تكبر . وبالجمله فالوديعة في الشريعة أمانة دفعت إلى الغير ليكون حافظاً لها، فإذا تمت الوديعة بالإيجاب والقبول فحكمها وجوب الحفظ فإن هلك المال في يد المودع فلا يضمنه بدون التعدي ويضمنه بالتعدي<sup>(٣)</sup> .

### كتاب العارية<sup>(٤)</sup>

العارية بتشديد الياء إذ هي ياء النسبة وفيه وجوه : الأول : أنه نسبة إلى العار إذ الطلب أي طلبها عار عيب، وعليه الجوهرى<sup>(٥)</sup> على ما صرح به في الصحاح .

والثاني وعليه صاحب المغرب أنه نسبة إلى العارة اسم من الإعارة كالغارة من الإغارة وأخذها من العار بمعنى العيب خطأ

الثالث : وعليه شمس الأئمة السرخسي على ما صرح به في المبسوط<sup>(٦)</sup> : أنه نسبة إلى التعاور مأخوذ منه وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضاً إذ لا انتفاع بهما إلا باستهلاك العين فنوبة الانتفاع بهما ههنا إنما هي في مثلها .

وبالجمله : العارية في الشريعة هي تملك المنفعة بلا بدل .

(١) سورة المائدة : ٢ .

(٢) تقدم .

(٣) انظر أحكام الوديعة في الكفاية ٥١٧/٧ الدرر ٢٤٤/٢ ابن عابدين ٦٦٢/٥ الكافي ٨٠١/٢ الدسوقي ٤١٩/٣ مغني المحتاج ٧٩/٣ الإشراف ٣٢/٢ كشف القناع ١٨٥/٤ .

(٤) المناسبة بين البابين ظاهرة لأن الأول أمانة تركت للحفظ والانتفاع كما أن في العارية فائدة للمستعير . أنيس الفقهاء (٢٥١) .

(٥) انظر الصحاح ٧٦١/٢ والمغرب ٨٩/٢ .

(٦) ١٣٣/١١ .



والمنافع وإن كان أعراضاً لا بقاء لها إلا أنا قد نبهناك فيما سبق على أن الشرع جعلها كالجواهر فيجعلها باقية قابلة للتملك دفعاً لحاجة الناس، إذ الناس محتاجون إلى نوعي التملك: تملك العين وتملك المنفعة.

وقد ندب الشرع إليه قال الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ وقال ﷺ: «إن الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه».

ثم إن الله عز وجل قد أنكر على قوم يمنعون فقال: ﴿ويمنعون الماعون﴾<sup>(١)</sup>. أي العواري من القدر والفأس ونحو ذلك مما يستعار وينتفع به، ثم يرد إلى صاحبه عرفاً وعادة.

### كتاب الهبة<sup>(٢)</sup>

اعلم أن الهبة شيء مشروع ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾<sup>(٣)</sup>. أي طيباً سائغاً.

ومعنى الآية: فإن وهبت المرأة لزوجها مهرها كله أو شيئاً منه عن طيب نفس بلا إكراه ولا رهبة ولا افتداء من سوء العشرة فليأكله الزوج مأمون التبعة في الآخرة والمراد بالأكل الانتفاع به أكلاً كان أو غيره وخص الأكل بالذكر إذ هو المقصود الأعظم كذا في التيسير.

وأما السنة فما روته عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: تهادوا، تحابوا وهاجروا تورثوا أبناءكم مجدداً وأقبلوا الكرام عثراتهم<sup>(٤)</sup>.

وروى الترمذي<sup>(٥)</sup> في جامعه مسنداً إلى أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر.

(١) الماعون: ٧.

(٢) المناسبة بين الكتابين أن كلأ منهما تملك بغير عوض.

(٣) سورة النساء: ٤.

(٤) أخرجه الطبراني في الأوسط والحري في الهدايا والعسكري في الأمثال عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً كشف الخفاء ٣٨١/١ (١٠٢٣).

(٥) أخرجه أبوداود الطيالسي في المسند ص (٣٠٧) (٢٣٣٣) وأحمد في المسند ٤٠٥/٢ والترمذي ٤٤١/٤ =

وفي كتاب الهبة من البخاري<sup>(١)</sup> بإسناده إلى أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت ولو أهدي إلي كراع أو ذراع لقبلت.

روى الترمذي في جامعه عن أنس<sup>(٢)</sup> بن مالك رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لو أهدي إلي كراع لقبلت أو دعيت إليه لأجبت».

وروت عائشة رضي الله عنها<sup>(٣)</sup> من أولى معروفاً فليكافأ به فإن لم يستطع فليذكره فإن من ذكره فقد شكره.

وروى البخاري عنها أنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها<sup>(٤)</sup>.

وأما الإجماع فظاهر وأما المعقول فلأن الهبة إحسان إلى الغير والإحسان مأمور الله عز وجل قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾<sup>(٥)</sup>.

وبالجملة فالهبة لها معنى في اللغة: ولها معنى في الشريعة، ولها ركن ولها شرط لا جواز لها بدون هذا الشرط.

أما معناها في اللغة<sup>(٦)</sup>: فهي إعطاء الشيء بلا عوض مالم كان أو غير مال قال الله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذَّكَورَ﴾<sup>(٧)</sup> أطلق اسم الهبة على الولد مع أنه ليس بمال لأنه إعطاء ما بغير عوض، وفي المغرب<sup>(٨)</sup>: الهبة هي التبرع بما ينفع الموهوب له، يقال: وهب مالم وهباً وهبة وموهبة وقد يقال: وهبه مالم، ولا يقال: وهب منه وعلى ذا

= في كتاب الهبة والولاء باب في حث النبي ﷺ على التهادي (٢١٣٠) وقال الحافظ في التلخيص في إسناده أبو جعفر المدني تفرد به وهو ضعيف.

(١) البخاري ٢١٠/٥ في كتاب الهبة باب القليل من الهبة (٢٥٦٨) وأحمد في المسند ٤٧٩/٢، ٤٢٤/٢، ٤٨١، ٥١٢ والطبراني في الكبير ١٢٠/١١ والبيهقي في السنن ١٦٩/٦. وابن سعد في الطبقات ٢/١، ٩٥، ١٠٧.

(٢) الترمذي ٦٢٣/٣ في كتاب الأحكام باب ما جاء في قبول الهدية (١٣٣٨).

(٣) أخرجه ابن حبان كذا في الموارد (٢٠٧٣) والطبراني في الكبير ٧٤/١ والخطيب في التاريخ ٣٠٥/١٤ وأبو نعيم في الحلية (٣٨١/٣) وذكره السيوطي في الدر المنثور (٣٦٢١٦) والمنذري في الترغيب (٧٧/٢).

(٤) البخاري ٢١٠/٥ في الهبة باب المكافأة في الهبة (٢٥٨٥).

(٥) الآية.

(٦) الصحاح ٢٣٥/١ القاموس ١٤٣/١.

(٧) الآية (٩٠).

(٨) ٣٧٣/٢.

قوله: وهبت نفسك منك وثوابه لك ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب انتهى.

وأما معناها في الشريعة<sup>(١)</sup>: فهو تملك عين بلا عوض أي هو تملك المال بلا عوض والمراد بالعين العين المملوكة وتمليك العين تملك للمنفعة فهو لا ينفك عنه بخلاف تملك المنفعة فإنه لا يستلزم تملك العين كما في العارية.

والتمليكات بأسرها أربعة أقسام: تملك العين وتمليك المنفعة وكل منهما قسمان: تملك بعوض وتمليك بلا عوض.

فتمليك العين بعوض هو [الذي يسمونه بيعاً وتمليك العين بلا عوض هو]<sup>(٢)</sup> الذي يسمونه هبة، وتمليك المنفعة فقط بالعوض وهو الذي يسمونه إجارة، وتمليك المنفعة فقط بلا عوض هو الذي يسمونه عارية.

وقد سبق أن العارية هي تملك المنفعة بلا بدل، والإجارة عبارة عن تملك المنافع بعوض. كذا في النهاية.

وأما ركنها أي ركن الهبة فقد اختلفت فيه كلمتهم، فمنهم من يقول: هو مجرد إيجاب الواهب بقوله: وهبت. وأما قبول الموهوب له فليس بركن إذ العقد ينعقد بمجرد إيجاب الواهب.

ولهذا قال العلماء: إذا حلف لا يهب، فوهب ولم يقبل الموهوب له فإنه يحث في يمينه.

وقال الآخرون: بل ركنها الإيجاب والقبول إذ الهبة عقد والعقد قائم بالعاقدين، فلا يتحقق العقد بدون الإيجاب والقبول. وميل الوقاية إلى الأول لأنه قال: ويصح بوهبت. وأما صاحب الهداية فميله تارة إلى الثاني وأخرى إلى الأول. وقد ذكرنا وجه الجمع بين الميلىن في شرح الوقاية فليطلب هناك.

وأما شرطها أي شرط الهبة فالقبض فلا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض.

قالوا: وتتم الهبة بالقبض الكامل ومعنى تمامها بالقبض أن الهبة لا تفيد الملك

(١) انظر تكملة فتح القدير ١٩/٩. ابن عابدين ٦٩٠/٥ الكافي ٩٩٩/٢ وانظر أحكامها في مغني المحتاج ١٣٩٦/٢، المغني لابن قدامة ٤٤/٦.

(٢) سقط من الأصل والمثبت من ب.

للموهوب له قبل القبض أي لا يثبت ملكية الموهوب له قبل قبض الموهوب عندنا خلافاً لمالك فإنه يجعله كالبيع يفيد الملك قبل القبض والمراد بالقبض الكامل أن يكون القبض في كل قسم من أقسام الموهوب قبضاً لا ثقباً به بحيث يوصف بالتمام عرفاً، بحيث يعد في العرف قبضاً تاماً في ذلك النوع مثلاً القبض الكامل في المنقول ما يناسبه بحيث يعد ذلك القبض فيه قبضاً تاماً وفي العقار ما يناسبه كذلك.

وفي فتاوى قاضي خان: رجل وهب داراً وسلم وفيها متاع للواهب لا يجوز: لأن الموهوب مشغول بما ليس هبة، فلا يصح التسليم. ثم قال: امرأة وهبت دارها من زوجها وهي ساكنة فيها وزوجها أيضاً ساكن في هذه الدار جازت الهبة ويصير الزوج قابضاً للدار: لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم.

هذا كلام ثم قال: ولو وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب أو وهب لابنه داراً، والأب ساكن فيها لم تجز الهبة انتهى.

### كتاب الإجارة<sup>(١)</sup>

قد تلونا عليك فيما سبق أن الإجارة شرعاً عبارة عن تملك المنافع بعوض وقد تفسر الإجارة ببيع نفع معلوم بعوض كذلك دين أو عين كذا في الهداية والوقاية وفي المغرب<sup>(٢)</sup>: الإجارة تملك المنافع بعوض. وفي اللغة اسم للآجرة أي هو فعالة بمعنى الآجرة كالجعلالة بمعنى الجعل. والآجرة كراء الأجر، وأجره إذا أعطاه عن بابي ضرب وطلب. فهو أجر وذلك مأجور. هذا كلامه ثم قال: أجرت مملوكي أوجره إيجاراً فهو مؤجر.

وفي الأساس: أجرني داره فاستأجرتها فهو مؤجر، ولا تقل مؤاجر فإنه خطأ من حيث اللغة وقبيح من حيث العرف، وفي استعمال العامة يراد به الشتم القبيح.

انتهى كلام المغرب.

فإن قيل: المنافع أمور معدومة فكيف يصح بيعها أو تملكها؟ ألم يسبق في كتاب البيوع أن البيع مبادلة مال متقوم مقدور التسليم بمال كذلك؟ قلنا: نعم، إلا أن المنفعة أقيمت

(١) تناسب الكتابين من حيث أن كل واحد منهما تملك المنفعة لكن الإجارة تملك المنفعة بعوض أنيس الفقهاء

(٢٥٩). ٢٧/١.

(٢) ٢٧/١.

مقام العين في حق إضافة العقد إليها تحقيقاً لارتباط كل من الإيجاب والقبول بالآخر.  
والإجارة قسمان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال. فالأول: كإجارة الدور  
والمنازل والحوانيت ونحو ذلك. والثاني: كاستئجار الإسكاف والقصار وسائر من شرط عليه  
العمل.

فإن قيل: المنفعة أمر معدوم، فكيف تصير معلومة والمعدومات مجهولات لا معلومة.  
قلنا: المنفعة تصير معلومة بذكر المدة كسكنى الدار وزراعة الأرض. قصرت المدة أو  
طالت وبذكر العمل كصبغ ثوبه مثلاً أو خياطته ولا تجب الأجرة بالعقد المجرد، بل إنما تجب  
بأستيفاء النفع المعقود عليه، أو بالقدرة على الاستيفاء أو بتعجيل الأداء بعد العقد، أو شرط  
الأداء بعد العقد.

وأعلم أن إجارة المشاع مطلقاً فيما يقسم وفيما لا يقسم غير جائز عنده إلا من  
الشريك، وعندهما إجارة المشاع جائزة مطلقاً، والفتوى على قولهما. والله أعلم<sup>(١)</sup>.

### كتاب المكاتب

الكتابة في اللغة: أمر معلوم وهو جمع الحروف وضم بعضها إلى بعض ومنه الكتيبة  
لطائفة من الجيش<sup>(٢)</sup>.

وفي الشريعة: عبارة عن إعتاق المملوك يدأ في الحال ورقبة بعد أداء المال<sup>(٣)</sup>.  
فالمكاتب عتيق باعتبار اليد رقيق، باعتبار العاقبة، وإنما سمي ذلك بالكتابة إذ العقد  
الذي جرى بين المولى وعبد لا يخلو عن كتبه الوثيقة عادة، وسائر العقود وإن كانت كذلك إلا  
أن وجه التسمية لا طرد فيها ولا عكس، كالقارورة فإنه غير منقوض بالذن مع أنه أكمل في هذا  
المعنى ولها أي للكتابة ركن ولها شرط. فركنها الإيجاب والقبول من الطرفين. وشرطها قيام  
الرق في المحل.

(١) انظر تفصيل ذلك في تبين الحقائق ١٠٥/٥ الكافي ٧٤٤/٢ الدرر ٢٢٥/٢ مغني المحتاج ٣٣٢/٢ المغني  
لابن قدامة ٣٢١/٥.

(٢) معجم مقاييس اللغة ١٥٨/٥ المغرب ٢٠٦/٢.

(٣) انظر أنيس الفقهاء (١٧٠) والطلبة (٦٥) والتعريفات (١٢٣) والمطلع (٣١٦) وشرح الحدود (٥٢٤).

## كتاب الولاء

الولاء في الأصل : مأخوذ من الولي وهو القرب .

وفي الشريعة : عبارة عن القرابة الحاصلة بسبب العتق أو بسبب الموالة<sup>(١)</sup> . أو نقول :  
الولاء في اللغة<sup>(٢)</sup> : النصرة والمحبة وفي الشريعة عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل .  
وبهذا يشعر ظاهر كلام المغرب حيث قال : والولاية بالفتح النصرة والمحبة ، وكذا الولاء إلا  
أنه اختص في الشرع بولاء العتق والموالة .

ثم إنه قد اختلفت كلمة القوم في أن الولاء في الشريعة هو نفس القرابة الموجبة للإرث  
ونفس التناصر الموجب للإرث أو هو نفس الإرث الذي هو أثر لهما ومسبب عنهما إطلاقاً  
للسبب على المسبب .

فزعم بعضهم أنه نفس الإرث والظاهر ما ذهبنا إليه .

ويدل عليه قوله ﷺ : الولاء لحمه كلحمه النسب<sup>(٣)</sup> .

واللحمه بضم اللام التشابك والوصلة وبالفتح لغة كذا في المغرب .

أي الولاء اتصال وأشتباك كالنسب .

ثم اعلم أن الولاء قسمان : الأول : ولاء يقال له ولاء العتاقة ويسمى ولاء نعمة أيضاً  
اقتباساً وأستنباطاً من الآية الكريمة : ﴿ وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه ﴾ .

أي أنعم الله عليه بالإسلام ، وأنعمت عليه بالإعتاق ، وهوزيد بن حارثة رضي الله عنه  
فإن زيدا كان قنّاً لخديجة رضي الله عنها ، أولاً ثم وهبته لرسول الله ﷺ ثم أعتقه  
رسول الله ﷺ وهو الذي ذكره الله تعالى في القرآن العظيم بقوله تعالى : ﴿ فلما قضى زيد منها  
وطراً ﴾<sup>(٤)</sup> الآية .

(١) انظر التعريفات (١٧٥) المطلع (٣١١) تكملة فتح القدير (٢١٧) وابن عابدين ١١٩/٦ والكافي ٩٧٥/٣  
ومغني المحتاج ٥٠٦/٤ والإشراف ١٠٥/٢ وأنيس الفقهاء (٢٦١) وشرح الحدود (٥٢٠) .

(٢) انظر الصحاح ٢٥٣٠/٦ المغرب ٣٧١/٢ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن ٢٤٠/٦ . ٢٩٢/١٠ وعبد الرزاق في المصنف (١٦١٤٩) والحاكم في المستدرک  
٣٤١/٤ والشافعي في المسند (١٢٣٢) وذكره الحافظ في التلخيص ٢١٣/٤ وأخرجه الخطيب في التاريخ

٦٢/١٢ .

(٤) الآية (٣٧) .

ولم يذكر من أصحاب رسول الله ﷺ في القرآن أحد بأسمه بخصوصه غيره .

وسبب هذا القسم من الولاء ، العتق على ملكه في الصحيح ، حتى إن عتق عليه قريبه بسبب الإرث<sup>(١)</sup> كان الولاء له كذا في الهداية .

وقوله : في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا فإنهم يقولون : سبب هذا الولاء الإعتاق استدلالاً بقوله عليه الصلاة والسلام : «الولاء لمن أعتق» . وهذا ضعيف جداً فإن من ورث قريبه عتق عليه مع أنه لا إعتاق ههنا ، فالأصح أن سببه العتق على ملكه . إذ الحكم يضاف إلى سببه إذ يقال : ولأء العتاقة ولا يقال : ولأء الإعتاق .

كذا في المبسوط ويدل عليه عبارة الهداية ، أيضاً كما ترى ولا يخفى ضعفه إذ الإعتاق أيضاً ههنا موجود معنى كأن مالكة لقربائه أعتقه ، فإن صاحب الشرع جعل مالكة من جهة قربائه به معتقاً له وكيف لا والعتق أثر مرتب على الإعتاق ؛ كترتب الانكسار على الكسر فالقول بوجود العتق بدون الإعتاق كالقول بوجود الانكسار بدون الكسر ، والعقل غير راض بذلك والجهالة العقلية معتبرة في اعتبارات الشرع .

القسم الثاني من الولاء ولأء يقال له : ولأء الموالاة وسببه العقد والحكم يضاف إلى سببه فلهذا يقال : ولأء العتاقة ، ولأء الموالاة ، والمطلوب بكل واحد من الولاءين التناصر إلى المعتق ومولى الموالاة يتناصر بقبيلة مولاة ، ولهذا شرطوا في ولأء العتاقة أن لا يكون للأسفل نسب ، إذ لو كان له نسب يتناصر بقبيلة نفسه ، ولا حاجة إلى التناصر بقبيلة غيره . وكان من دأب العرب أنهم كانوا يتناصرون بأشياء ، فقررهم رسول الله ﷺ على تناصرهم بالولاء بنوعيه ، فقال : إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم : والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف والله أعلم .

## كتاب الإكراه

الإكراه في اللغة هو تكليف إنسان بأمر لا يرضى ذلك الإنسان بمباشرة هذا الأمر .

وفي الشريعة<sup>(٢)</sup> : عبارة عن أمر يفعله غيره بحيث يفوت بسبب هذا الأمر رضا ذلك الغير أو يفسد بسببه اختيار ذلك الغير يعني أن الإكراه قسمان : الأول : إكراه فيه إعدام للرضا

(١) في ب (حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة) .

(٢) انظر المبسوط ٢٤/٣٨ الدرر ١/٢٦٩ وتبيين الحقائق ٥/١٨١ وابن عابدين ٦/١٢٨ .

مع بقاء الاختيار كالضرب والحبس . الثاني : إكراه فيه إعدام الاختيار كالتهديد بالقتل والقطع مع بقاء الأهلية أي العقل والبلوغ للذين هما دليل الأهلية . كذا ذكره القوم .

والأوضح أن يقال : الإكراه في الشرع عبارة عن تكليف مكلف بفعل لا يرضى ذلك المكلف بمباشرة هذا الفعل تكليفاً يفسد رضاه أو اختياره مقروناً بقدرة الأمر المكلف على إيقاع ما يهدده به ، بحيث يغلب على ظن المأمور المكلف أن الأمر يفعل ذلك .

والحاصل أن الإكراه لا بد له من أمور أربعة : المكروه بكسر الراء والمكروه بفتحها والمكروه عليه والمكروه به .

فالمكروه عليه : هو الفعل الذي يكلفه الأمر به والمأمور لا يرضى بمباشرة والمكروه به هو الذي يعدم الرضا والاختيار ، كالضرب والحبس والقتل والقطع .

ولكل من هذه الأمور الأربعة شرط فالأول : أي الأمر شرطه القدرة على إيقاع ما يخوف المأمور كالقتل والضرب .

والثاني : أي المأمور : شرطه أن يغلب على ظنه أن يفعله صرح به في الكافي وغيره . وفي مختار الفتاوى وشرطه أن يكون ذلك الإيقاع عاجلاً .

وأما الثالث فشرطه أن يكون المأمور ممتنعاً عن الفعل المأمور به قبل الإكراه . وإلا فلا إكراه .

وأما الرابع : فشرطه أن يكون متلفاً أو معدماً . أي يجب أن يكون متضمناً لإتلاف نفس أو عضو وأن يكون متضمناً لإعدام الرضا ، ثم إن إعدام الرضا أعم من أن يكون بالحبس والضرب ، أو بأخذ المال أو بالقدح في العرض والجاه ، حتى إنه إن هدده بأخذ المال فهو إكراه .

وفي القنية : متغلب قال لرجل : إما أن تبيع هذه الدار بكذا أو ادفعها إلى خصمك ؛ فهو إكراه إن غلب على ظنه أنه يوقع ما خوف به ، ثم صرح بأن هذا إشارة إلى أن الإكراه بأخذ المال إكراه شرعاً ثم إنهم صرحوا بأن ما يعدم الرضا يختلف باختلاف أحوال الناس ، فإن إكراه الأرذال بالضرب أو الحبس بل بالضرب اللين ، ربما ينفعهم بل اللائق بهم هو الضرب المبرح ، وكذا الحبس إلا أن يكون ممتداً يتضجر منه ، وأما الأشراف كالعلماء والصلحاء ومن له عرض وهو بصدد محافظته : فالكلام الذي فيه خشونة إكراه في حقهم .

وفي المبسوط : والحد في الحبس الذي هو إكراه ما يورث اغتماماً بيناً وفي الضرب



الذي هو إكراه: ما يجد منه الألم الشديد وليس في ذلك حد لا يزداد عليه، ولا ينقص منه لأن نصب المقادير بالرأي باطل، ولكن هذا على قدر ما يراه الحاكم أعني القاضي إذا رفع إليه ذلك عما رأى أنه إكراه أبطل الإقرار به: لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس.

وأما إذا قال المديون لدائنه: ادفع إليّ قبالتني وأعترف بأنه لا شيء لك علي وإلا أدفعك إلى الملك وتصادر به فدفع القبالة إليه وأقر بأنه لا شيء عليه. فقد صرح في القنية بأن هذا في معنى الإكراه، وله أن يدعي دينه عليه بعد ذلك وفي معناه الغماز.

واعلم أنه قد دلت هذه المسائل على أن الإكراه يتحقق من غير السلطان أيضاً.

وأما ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله: من أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان إذ القدرة بدون المنعة غير متحققة والمنعة لا تكون إلا للسلطان فهو محمول على أن ذلك من قبيل الاختلاف بالعصر والزمان لا من قبيل الاختلاف بالحجة والبرهان، فلا خلاف بينه وبين صاحبيه إذاً، لأن الأمر مبني على ما شاهد في زمانه ولما ظهر الفساد بعد زمانه وصار الأمر إلى كل<sup>(١)</sup> متغلب في زمانهما، أجابا بما شاهدا في زمانهما.

وهنا شيان مهمان.

الأول: أن تصرفات المكروه إن كانت قولية فما حكمها؟

الثاني: أن الإكراه بالقتل كيف حاله، وعلى من يجب القصاص على الأمر أو على المأمور؟

أما الأول: فتفصيله أن التصرفات القولية الصادرة عن المكروه كلها منعقدة عندنا إلا أنها بعد الانعقاد مختلفة فبعضها لازم حتم، وبعضها ليس كذلك.

فإن التصرفات القولية قسمان:

أحدهما ما يحتمل الفسخ كالبيع والشراء والإقرار والإجارة.

وثانيهما: ما لا يحتمل الفسخ، كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والنذر. فالإكراه إن وقع في القسم الأول فله ولاية الفسخ؛ إن شاء فسخ وإن شاء أمضى.

وأما القسم الثاني: فهو لازم لا يحتمل الفسخ سواء وقع بطريق الإكراه أو لا. فهذه الأشياء لازمة غير قابلة للفسخ ليس للإكراه ههنا أثر يترتب عليه شرعاً.

(١) في ب لكل.

وأما الشيء الثاني من الشيئين المهمين فتفصيله أنه إن أكره رجل رجلاً على قتل رجل آخر فقتله فالقصاص على المكره مكسور<sup>(١)</sup> الرءاء عند أبي حنيفة ومحمد، لأنه حامل والفاعل آلة له، ولا ضمان على الآلة كما في إتلاف المال.

ومصادق هذا المقال قول الكبير المتعال ﴿يذبح أبناءهم﴾ فإنه جل وعلا نسب القتل إلى اللعين، مع أنه كان أمراً لا مباشراً، ففيه إشارة إلى أن المؤاخذة على الأمر.

وأما الإكراه على أكل الميتة أو الدم أو لحم خنزير أو شرب خمر، فإن كان بطريق الحبس أو الضرب أو القيد فلا رخصة للمأمور في ذلك، لأن الله عز وجل قيد حرمتها بحالة الاختيار والاختيار باق، وإن كان بطريق القتل أو القطع: جاز له ذلك فإن صبر حتى صار مقتولاً فهو آثم كما في حالة المخمصة.

وأما الإكراه على الكفر فإن كان بالقتل أو القطع فإظهار ما يؤمر به رخصة لكن بشرط أن يكون قلبه مطمئناً بالإيمان فإن صبر حتى قتل فإن ذلك من عزم الأمور بدليل قصة مسيلمة الكذاب عليه لعائن الله ربي وإن كان بغيرهما فلا رخصة أصلاً<sup>(٢)</sup>.

### كتاب الحجر

الحجر مصدر وهو في اللغة<sup>(٣)</sup>: المنع مطلقاً.

وفي الشريعة: عبارة عن منع النفاذ في التصرفات القولية<sup>(٤)</sup>،

والتقييد بالقولية ضروري إذ الحجر لا يتصور في أفعال الجوارح إذ الحجر معناه: أن يجعل تصرف المحجور عليه كلاً تصرف بجعله كالمعدوم شرعاً، وهذا لا يجري في الأفعال الحسية فإن من قتل إنساناً مثلاً أو قطع يده أو أتلف ماله: فإن جعل هذه الأفعال معدومة شرعاً، أدى ذلك إلى أن لا يكون المقتول مقتولاً، والمقطوع مقطوعاً، والإتلاف إتلافاً. وهذا دخول في السوفسطائية وإنكار للحقائق.

(١) في ب بكسر.

(٢) اختلف الأصوليون في تكليف المكره.

(٣) انظر الصحاح ٦٢٣/٣ والمغرب ١٧٩/١ والمصباح ١٩٠/١.

(٤) انظر الكفاية ١٨٦/٨ تبين الحقائق ١٩٠/٥ ابن عابدين ١٤٢/٦ درر الحكام ٢٧٣/٢ المطلع (٢٥٤)

التعريفات ٥٦ الكافي ٨٣٢/٢ المغني لابن قدامة ٣٤٣/٤ الإشراف ٣٧٥/١ تكملة فتح القدير ١٦٨/٨.

أنيس الفقهاء (٢٦٥).

وأما الأقوال : فليست كذلك .

أما الإنشاءات فهي ظاهرة إذ التطليق والإعتاق والبيع والهبة وما أشبه ذلك ليس لها تأثير حتى في المحل ، بل إنما صار المحل موصوفاً بالآثار المخصوصة بآعتبار الشرع فقط ، حتى لو لم يعتبر الشرع ذلك لما ترتبت تلك الآثار عليها ؛ فهي آثار شرعية محضة .

وأما الإخبارات ، كالأقارير والشهادات وسائر التصرفات القولية فموجبها إنما هي بآعتبار الشرع فقط ، إذ هي دلالات مجردة على المخبر عنه ، فجاز الوقوع وعدمه إذ هي أمور محتملة للصدق والكذب ؛ ولأن اعتبار القول مشروط بالقصد إذ الكلام المعتبر ما يكون موجوداً بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد إلا بالقصد<sup>(١)</sup> ، ويكون بالعقل ، ولا عقل للمجنون والصبي فلا يكون لهما قصد .

وأما الفعل فأعتبره غير محتاج إلى القصد ، ألا ترى إلى ما تقرر في الجنايات من أن النائم إذا أنقلب في مال إنسان وأتلفه فهو ضامن ، وإن لم يوجد القصد .

وإذا عرفت ذلك فأعلم أن الأسباب الموجبة لثلاثة : الصغر والرق والجنون<sup>(٢)</sup> ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرف العبد إلا بإذن مولاه ، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال كذا في الهداية .

وحصر الأسباب في الثلاثة المذكورة منقوض بالحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس ، اللهم إلا أن يقال : المراد بالسبب ههنا هو السبب الأصلي المتفق عليه ، ولا يحجر حر مكلف بسفه ودين وفسق وهذا عنده وأما عندهما فيحجر .  
وأما المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس فيحجر عنده أيضاً .

### كتاب المأذون

الإذن في اللغة : هو الإعلام<sup>(٣)</sup> قال الله تعالى : ﴿فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾<sup>(٤)</sup> .  
وفي الشريعة<sup>(٥)</sup> : هو فك الحجر الثابت بالرق وإسقاط المانع من التصرف .

(١) في ب والقصد بالفعل .

(٢) في ب والجنون والرق .

(٣) المغرب ١/٣٣ والصحاح ٥/٢٠٦٨ والمصباح ١/١٨ والطلبة ١٦٢ والتعريفات (٨) .

(٤) الآية ٢٧٩ .

(٥) ابن عابدين ٦/١٥٤ والمبسوط ٥/٢ أنيس الفقهاء (٢٦٧) .

وتحقيق ذلك أنه قد سبق في كتاب الحجر أن أسباب الحجر ثلاثة: الرق والصغر والجنون، ولا يخفى أن الرقيق في نفسه أهل للتصرف إذ الأهلية إنما هي بالعقل والتمييز وذلك موجود فيه إلا أن كونه محجوراً ممنوعاً إنما هو لحق المولى، وهذا المانع مانع يمكن رفعه من جانب المولى بإسقاط حقه وإسقاطه هو عين فك حجره إذ لا نغني بفك الحجر إلا إسقاط الحاجر، وبهذا يظهر أن الإذن مخصوص بالعبد، إذ الصغر والجنون إنما هو من عند الله جل وعلا، ولا يمكن للمخلوق رفعه.

والمذكور في الفتاوى: أن الإذن لا يختص به فقد صرح في الذخيرة وتنمية الفتاوى بأن القاضي إذا أذن لصغير صح إذنه، ويصير الصغير مأذوناً، وفائدة الإذن: ابتداء الصبي إلى اكتساب الأموال.

وأعلم أن الإذن لا يتوقت، فلو أذن عبد يوماً فهو مأذون أبداً حتى يحجر عليه، فإن أذن عبد في نوع من أنواع التجارة عم إذنه في الأنواع كلها، إذا الإذن لا يتخصص كما لا يتوقت، فبعدما ثبت إذنه في نوع ثبت أنه مأذون في جميع الأنواع، سواء منعه المولى عن غير هذا النوع، أو سكت فالمنع وعدمه ههنا سيان لا أثر له أصلاً، نص عليه في المبسوط وصرح به في النهاية: فأما إذا أذن العبد بشراء طعام الأكل وثياب الكسوة فلا يصير مأذوناً لأن ذلك استخدام لا إذن له وإلا لانسد باب الاستخدام عن أصله كذا في الكافي وغيره.

وأعلم أن الإذن يثبت دلالة ويثبت صريحاً، أما الأول فصورته أنه رأى عبده يبيع ويشترى فسكت ولم يمنعه منه فسكوته إذن له في التجارة.

وأما الثاني فهو أن يقول: أذنت لك في التجارة ولا يقيده بنوع منهما كذا في الهداية.

وأما سكوت القاضي فليس بإذن حتى لو رأى صغيراً أو عبداً صغيراً أو معتوهاً يبيع ويشترى. وسكت: فسكوته ليس بإذن في التجارة والمنفعة في ذلك أن للقاضي ولاية عامة والإذن منه بمنزلة القضاء والقضاء لا يثبت بالسكوت بل لا يثبت إلا نصاً.

## كتاب الغصب<sup>(١)</sup>

الغصب في اللغة<sup>(٢)</sup>: أخذ الشيء ظلماً وقهراً وغلبة من حد ضرب، يقال: غصبه منه وغصبه عليه بمعنى، كذا في الصحاح، وفي المغرب: الغصب أخذ الشيء ظلماً وقهراً. وفي الكافي: ويقال: غصبته إياه فالأخذ غاصب والمال المأخوذ بهذا الطريق مغصوب وربما يسمى المال غصباً تسمية بأسم المصدر والمالك مغصوب منه.

وصرح في المبسوط: بأن الغصب لغة مستعمل في كل باب مالم يكن المأخوذ أو غير مال يقال: غصب زوجة فلان وولده ولهذا فسروا اللغوي بأخذ الشيء فأطلقوا الشيء وتركوا تقييده ليتناول المال وغيره.

وفي ديات الوقاية: ومن غصب صبيّاً حرّاً فمات ضمن.

وفي الشريعة<sup>(٣)</sup>: هو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن مالكه، أخذاً مزيلاً يد المالك عنه.

فالقيد الأول أي ذكر مال، احتراز عن أخذ ما ليس بمال، كأخذ الميتة والخمر.

والقيد الثاني أي ذكر متقوم، احتراز عما ليس له تقوم، كخمر المسلم فالمتقوم معناه ماله قيمة من قوم فتقوم.

والقيد الثالث أي ذكر محترم، احتراز عن مال الحربي في دار الحرب، فإنه ليس بمحترم هناك.

والقيد الرابع أي قولنا بلا إذن مالكه، احتراز عن الوديعة.

والقيد الخامس أي قولنا أخذاً مزيلاً يد المالك عنه، لا بد منه، وهو إشارة إلى أن الغصب هو إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة.

وهذا التفسير منقوض بأمور.

الأول: أن هذا التفسير صادق على السرقة.

(١) والمناسبة بين الكتابين أن الغصب من أنواع التجارة حتى إن أقر المأذون به صح كما يصح إقراره بدين التجارة لم يصح بدين المهر لأنه ليس من التجارة أنيس الفقهاء (٢٦٩).

(٢) الصحاح ١٩٤/٢ المغرب ١٥٠/٢ القاموس ١١٥/١ المصباح ٦٨٧/٢.

(٣) تبين الحقائق ٢٢٢/٥ الدرر ٢٦٢/٢ وانظر ابن عابدين ١٧٧/٦ والكافي ٨٤٠/٢ ومغني المحتاج ٢٧٥/٢ وابن قدامة ١٧٧/٥ والإشراف ٢٨/٢ وأنيس الفقهاء (٢٦٩) والطلبية ٩٦ والمطلع (٢٧٤).

الثاني : أن هذا التفسير صادق على مال نائم أو سكران أخذه رجل كثوب من نام على الطريق مثلاً ، مع أن هذا ليس بغصب ، ولهذا لا يضمّنه إن هلك في يده صرح به في فتاوى قاضي خان .

الثالث : أن هذا لا يصدق على الغصب من الغاصب ؛ إذ ليس في غصب الغاصب إزالة يد المالك ، إذ الغاصب الأول ليس بمالك ، مع أن هذا غصب على ما صرحوا به ولهذا يضمّنه بالهلاك أو الاستهلاك .

الرابع : أن هذا التفسير لا يتناول الغصب الذي يقصر يد المالك عن مملوكه لأن إزالة اليد إنما هي فيما عليه اليد ، فقد صرح في الكافي : بأن استخدام عبد الغير والحمل على دابته غصب أوجب قصر يد المالك عنه .

والجواب عن الأول : أنه أراد بالأخذ الأخذ بطريق التعدي ، كما صرح به في مختار الفتوى ، حيث قال : الغصب أخذ مال متقوم مملوك للغير بطريق التعدي ، وفيه نظر ، إذ لا حاجة إذن إلى قوله بلا إذن مالكة ، فقد صرحوا بأن فائدته إخراج الوديعة على أنا لا نسلم أنه ليس في السرقة التعدي ، بل الصواب أن يقال : المراد بالأخذ الأخذ بطريق الإعلان دون الخفية والكتمان .

وعن الثاني : أن في المسألة تفصيلاً ، وهو أنه إن وقع ثوبه في الطريق ، وأخذه إنسان لأجل حفظه ، فهو غير ضامن وإن أخذه من تحت رأسه فهو ضامن .

وعن الثالث : إنا لا نسلم أن هذا غاصب شرعاً ، ولو سلم فالغاصب الأول بمنزلة المالك ، حتى لو أدى الغاصب الثاني قيمة المغصوب إلى الغاصب الأول ، برىء عن الضمان كذا في فتاوى قاضي خان . وقد يفسر بإزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة وهذا أيضاً غير تام .

فالتعريف الصحيح عندي أن يقال : الغصب هو إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة عن مال متقوم محترم ، إزالة وإثباتاً بطريق الإعلان دون الخفية والكتمان .

فقولنا هو إزالة اليد المحقة ، يدخل فيه بيع الوكيل مال موكله ، فإنه إزالة اليد المحقة فقولنا وإثبات اليد المبطلّة إخراج له ، لأنه وإن كان هناك إزالة إلا أنه ليس فيه إثبات .

وقولنا : عن مال احتراز عن الحبة الواحدة من الحنطة إذ هي ليست بمال إذ لا يتمولها أحد من الناس .

وقولنا: متقوم احتراز عن خمر المسلم، فإنه ليس بمتقوم، إذ تقوم إنما هو باعتبار الانتفاع به شرعاً، والخمر ليست بهذه المثابة.

وقولنا: محترم احتراز عن مال الحربي كما سبق تفصيله.

وقولنا: بطريق الإعلان احتراز عن السرقة.

فإن قيل: فهذا التعريف لا يشمل الغاصب مع أنه غصب عندهم قلنا: لو سلم فالإزالة أعم من أن يكون بتوسط أو بلا واسطة، وكذا غصب الشيء من يد عبد أو صبي، فإنه بالتوسط، إذ لا ملك لهما، بل التحقيق أن ههنا إزالة اليد المحقة إذ يد كل منهما حق، وفيه إثبات اليد المبطلّة.

وإذا عرفت هذه القواعد فأعلم أن حكم الغصب الإثم لا أخذه إن علم ورد العين المغصوبة إن كانت قائمة غير هالكة؛ ويجب ردها في مكانها لأن قيم الأشياء مختلفة باختلاف الأماكن. وإن كانت هالكة فعليه الضمان، أي يجب عليه أداء قيمتها فالمغصوب إن كان مثلياً كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة ويتعذر رد عين المغصوب، فالواجب على الغاصب المثل إن وجد المثل. وإن انقطع المثل بأن لا يوجد في السوق، وجب على الغاصب قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله، ويوم الغصب عند أبي يوسف، ويوم الانقطاع عند محمد وإن لم يكن مثلياً فعليه قيمته يوم الغصب.

### كتاب الشفعة<sup>(١)</sup>

الشفعة في اللغة<sup>(٢)</sup>: من الشفع. وهو الضم والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة.

وفي الشريعة<sup>(٣)</sup>: عبارة عن تملك عقار على مشتريه جبراً بمثل ثمنه. كذا ذكره القوم.

وفسرهما بعضهم بأنها تملك المرء عقاراً اشتراه أحد من شريكه أو جاره جبراً بمثل

(١) تناسب الكتابين من حيث أن كل واحد منهما يفضي إلى تملك مال الإنسان بغير رضاه؛ أنيس الفقهاء (٢٧١).  
(٢) الصحاح ١٢٣٨/٣ المغرب ٤٤٨/١ المصباح المنير ٤٨٥/١ الطلبة ١١٩ أنيس الفقهاء (٢٧١) الكليات (٢١٨) المطلع (٢٧٨).  
(٣) تكملة فتح القدير ٣٦٨/٩ المبسوط ٩٠/١٤ ابن عابدين ٢١٦/٦. الكافي ٨٥٢/٢ مغني المحتاج ٢/٢٩٦ ابن قدامة ٢٢٩/٥ الإشراف ٣٤/٢.

ثمنه ، وفسرها قوم بأخذ الشفيع ما اشتراه المشتري ، إما من البائع أو من البائع والمشتري .  
والتعريف الصحيح الذي لا يحوم حوله خلل عندي أن يقال : الشفعة هي تملك شرعي لعقار على من أخذه بعوض مالي جبراً شرعياً بمثل ثمنه وأما سائر التعاريف فلا تخلو من خلل ، وقد بينا في شرح الوقاية تفصيله فليطلب هناك .

وتثبت الشفعة بعد البيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي وتثبت الشفعة بعد البيع للخليط في نفس المبيع ، والمراد بالخليط الشريك ، من الخلطة بالضم وهي الشركة .

ومراتب استحقاق الشفعة ثلاثة : فأول من يستحق الشفعة إنما هو الشريك في نفس المبيع وبعده الشريك في حقوق المبيع من الطريق والشرب وبعد ذلك من يستحقها بعة الجوار .

ويجب على الشفيع أن يطلب كما علم بالبائع بلفظ يفهم طلبها ، كطلبت الشفعة ونحوه .

وهو طلب المواثبة ثم يشهد عند العقار أو على من معه العقار من بائع أو مشتر .

### كتاب القسمة

القسمة<sup>(١)</sup> في الشريعة : هو تعيين الحق الشائع .

في معين والحاصل واحد .

اعلم أن الأشياء كلها قسمان . الأول : ما لا يختلف جنسه كالمكيلات والموزونات والعدييات كالجوز والبيض والدرهم والدنانير ، ويسمى هذا القسم متحد الجنس تارة ومثليات أخرى .

والثاني : ما يختلف جنسه وهو الأموال المتفاوتة كالدور والأراضي المختلفة والثياب والدواب وصنوف الأموال المختلفة ويسمى هذا القسم مختلف الجنس .  
وإذا عرفت هذا فاعلم أن القسمة فيها معنيان : الإفراز ، والمبادلة فمعنى الإفراز : هو التمييز بين ملك وملك ، والفصل بين حق وحق . والمبادلة معناها المعاوضة .

(١) وهي لغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء أنيس الفقهاء (٢٧٢) المغرب ١٧٧/٢ وفي الشريعة انظر الدرر ٤٢٠/٢ وانظر ابن عابدين ٢٥٣/٦ الكافي ٨٦٧/٢ المغني لابن قدامة (٩٩/١٠) الإشراف ٢٣٤٩/٢ .



فالقسمة في القسم الأول أي المثليات إفراف فيه معنى المعاوضة. وفي القسم الثاني أي مختلف الجنس معاوضة فيها معنى الإفراف في القسم الأول غالب والمعاوضة مغلوبة. والقسم الثاني عكسه.

ولا يخفى أن الحكم للغالب دون المغلوب فلزم من هذا جواز أخذ الشريك حصته بغية صاحبه في القسم الأول، أي المثليات لعدم التفاوت إذ هو إفراف والمعاوضة مغلوبة ولزم عدم جوازه في القسم الثاني، إذ هو معاوضة والإفراف مغلوب ولا يجوز المعاوضة بدون التراضي.

وإذا امتنع أحد الشركاء عن القسمة أجبر عليها في القسم الأول إذ المعاوضة مغلوبة والإفراف غالب وقد عرفت أن الحكم للغالب.

### كتاب المزارعة

المزارعة في اللغة<sup>(١)</sup>: مفاعلة من الزرع. وفي الشريعة<sup>(٢)</sup>: عبارة عن العقد الذي عقده العاقدان على الزرع ببعض الخارج. وركنه: الإيجاب والقبول.

واعلم أن المزارعة فاسدة مطلقاً عنده، صحيحة جائزة عندهما، وعليه الشافعي، والفتوى على الصحة والجواز.

دليل الصحة بالجواز ما رواه البخاري: أن النبي ﷺ عامل خبير على شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر<sup>(٣)</sup>.

وفي الهداية: وقالوا: هي جائزة لما روي أن النبي ﷺ عامل أهل خبير على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة

(١) (٢٧٣) الصحاح (١٢٣٨/٣) المغرب ٤٤٨/١ المصباح ٤٨٥/١ الطلبة ١١٩ والكلية (٢١٨) المطلع (٢٧٨).

(٢) التعريفات ٨٧ والمبسوط ٩٠١٤ وتكملة فتح القدير ٣٦٨/٩ وابن عابدين ٢١٦/٦، الكافي ٨٥٢/٢ ومغني المحتاج ٢٩٦/٢ والمغني لابن قدامة ٢٢٩/٥ والإشراف ٣٤/٢.

(٣) مسلم ١١٨٧/٣ في المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١٥٥١/٥) وانظر البخاري ٤٦٢/٤.

والجامع دفع الحاجة فإن رب المال قد لا يهتدي إلى العمل والقوي عليه لا يجد المال .  
فمست الحاجة إلى هذا العقد .

أما دليل أبي حنيفة رحمه الله على أنها غير جائزة ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن  
المخابرة<sup>(١)</sup> وهي المزارعة . ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله ، فيكون في معنى قفيز  
الطحان ، ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد .

وفي الوقاية : وصحت المزارعة عندهما وبه يفتى .

وفي البداية : ثم صحة المزارعة عند من يجيزها مشروطة بشروط .

الأول : كون الأرض صالحة للزراعة إذ المقصود لا يحصل إلا به .

الثاني : أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد ، أي يشترط أهلية العاقلين  
للعقد ، وهذا الشرط غير مخصوص بالمزارعة ، بل العقود الشرعية كلها مشروطة به .

الثالث : بيان المدة أي لا بد من تعيين المدة إذ هي عقد على منافع الأرض ، فلا بد من  
تعيين المدة لما يعلم بها ولئلا يفضي إلى المنازعة .

الرابع : بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة .

الخامس : بيان نصيب من لا بذر من قبله .

السادس : التخلية بين الأرض والعامل ، أي يجب تسليم الأرض إليه حتى يتمكن من  
العمل .

السابع : الشركة فيما يخرج من الأرض بعد حصوله .

الثامن : بيان جنس البذر ، أي بيان أنه حنطة وشعير إلى غير ذلك ، ليعلم العامل أن  
أجرته ما هي ومن أي شيء هي ؟ .

(١) مسلم ١١١٧٩/٣ في البيوع (١٥٤٧/١٠٦) (١٥٤٧/١٠٧) .

## كتاب المساقاة

المساقاة في اللغة: إعطاء الماء من الطرفين. مفاعلة من السقي<sup>(١)</sup>. وفي الشريعة: عبارة عن المعاملة في الأشجار ببعض ما يخرج منها<sup>(٢)</sup>.

واختلفت كلمة القوم في تفسير المساقاة<sup>(٣)</sup>. فقوم يقولون: هو عقد السقي للأشجار وإصلاحها ببعض ما يخرج منها، وقوم يقولون: هي دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره كذا في الوقاية. وقوم يقولون: هي المعاملة في الأشجار ببعض الخارج منها كذا في الكفاية. والعبارات وإن كانت مختلفة إلا أن المقصود واحد.

عبارتنا شتى وحسنك واحد وكل إلى ذاك الجمال يشير

وفي الوقاية: والمساقاة كالمزارعة حكماً وخلافاً وشروطاً إلا المدة فإنها تصح بلا ذكرها انتهى.

فقوله: حكماً معناه: أن حكمها الصحة والجواز والفتوى على ذلك كالمزارعة بعينها.

وأما الخلاف فلأن المساقاة باطلة عنده، كالمزارعة جائزة عندهما مثلها.

وأما الشروط فالمراد بها أن كل ما هو شرط في المزارعة شرط ههنا إلا ما يمكن اعتباره ههنا كبيان البذر ونحوه وإلا المدة. ففي عبارة الوقاية تسامح لا يخفى.

## كتاب الذبائح

الذبائح جمع ذبيحة كالقبائل جمع قبيلة وهي اسم لما يذبح.

وأما الذبح فهو مصدر ذبح إذا قطع الأوداج.

وفي «المغرب»: الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح وقوله<sup>(٤)</sup>: «إذا ذبحتم

(١) انظر الصحاح ٢٣٨٠/٦ والمغرب ٤٠٣/١ المصباح ٤٢٨/١ والقاموس ٣٤٥/٤ والطلبية (١٥٤) والتعريفات ١٤٤ والمطلع (٢٦٢).

(٢) أنيس الفقهاء (٢٧٤) وانظر المصادر السابقة.

(٣) انظر الدرر ٣٢٨/٢ وتكملة فتح القدير ٤٨١/٩ وابن عابدين ٢٨٥/٦ والكافي ٧٦٦/٢ ومغني المحتاج ٣٢٢/٢ وابن قدامة ٢٩٠/٥ والإشراف ٤٧/٢.

(٤) أخرجه مسلم ١٥٤٨/٣ في كتاب الذبائح وأبو داود في السنن ١٠٠/٣ والنسائي في السنن ٢٠٠/٧ وابن ماجة ١٠٥٨/٢ في كتاب الذبائح.

فأحسنوا الذبيحة خطأ وإنما الصواب الذبيحة. لأن المراد الحالة الهيئة، والذبح<sup>(١)</sup> قطع الأوداج وذلك للبقر والغنم ونحوها.

وعن الليث: الذبح قطع الحلقوم من باطن. انتهى.

والأوداج جمع ودج كالأمثال جمع مثل، وهي عروق الحلق في الذبح الواحد<sup>(٢)</sup>. واعلم أن كل بهيمة لحمها حلال، وإنما يحل أكلها إذا ذبحت ذبحاً شرعياً إذ لو لم تذبح كذلك لكانت ميتة والميتة حرام بالنص. قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ الآية. والذبح الشرعي والذكاة الشرعية واحد.

واعلم أن الذكاة ضرورية واختيارية، فالضرورية: جرح في البدن أينما كان.

والاختيارية: الذبح في الحلق. وفي الهداية: الاختيارية الجرح فيما بين اللبة واللحيين أراد باللبة الصدر وباللحيين الذقن.

وفي المغرب: اللبة المنحصر من الصدر واللحي العظم الذي عليه الأسنان. انتهى والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحلق والمريء والودجان. وأما الحلقوم فقد فسرهُ صاحب الهداية: بأنه مجرى العلف والماء وفسر المريء: بأنه مجرى النفس. وهكذا ذكر شيخ الإسلام جواهر زادة في مبسوطه. وفي الكشاف في سورة الأحزاب: الحلقوم مدخل الطعام والشراب.

وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي: أن الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام والودجين مجرى الدم. وفي المغرب: الحلقوم مجرى النفس، ثم قال مريء مبني على فعيل، وقد مريء مرأء ومنه المريء لمجرى الطعام والشراب، وهو رأس المعدة ومحل الذبح هو الحلق. وفي الجامع لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله فما قاله صاحب الوقاية من أنه لا تجوز الذكاة فوق العقدة ليس بشيء وفيه زيادة تفصيل ذكرناها في شرح الوقاية فليطلب هناك.

(١) وانظر المعنى اللغوي في المغرب ٣٠٢/١ والصحاح ٣٦٢/١ المصباح ٣١٦/١، والقاموس ٢٢٨/١

والطلبة (١٠٤) والحدود (١١٧).

(٢) انظر أحكامها في تكملة فتح القدير ٤٨٤/٩ وابن عابدين ٢٩٣/٦ والكافي ١٨٤/١، ومغني المحتاج ٢٦٥/٤ وابن قدامة ٣٦٦/٩ الإشراف ٣٠٥/٤.

## كتاب الأضحية

الأضحية<sup>(١)</sup>: بضم الهمزة هي ما يضحي بها أي ما يذبح . والتضحية هي الذبح في الوقت المخصوص شرعاً<sup>(٢)</sup>، وإليه أشار في المغرب بقوله: ويقال: ضحى بكبش أو غيره، إذا ذبحه وقت الضحى من أيام الأضحي والأضاحي بتخفيف الياء جمع أضحاة وهي بمعنى الأضحية.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن الأضحية لا تجوز إلا من ثلاثة أشياء: من الغنم والبقر والإبل: إذ التضحية عرفت شرعاً ولم ينقل من رسول الله ﷺ ولا من الصحابة تضحية بغير هذه الثلاثة.

ثم اعلم أن الشاة لا تجوز إلا عن إنسان واحد إجماعاً إذ هي أقل ما يجب فلا شترأك فيها ممتنع شرعاً. وأما البعير والبقرة فإن كلاً منهما يجوز عن سبعة إذا أرادوا بها وجه الله تعالى، وإن أرادوا اللحم لا يجوز عن واحد منهم.

والأضحية أي التضحية بها واجبة عندنا وعند الشافعي هي سنة مؤكدة.

ثم إن الوجوب مشروط بشروط لو انتفى واحد منها انتفى الوجوب.

الأول: الحرية فلا وجوب على العبد.

الثاني: الإسلام إذ هي قربة فلا تتصور من الكافر.

الثالث: الغنى فلا وجوب على الفقير والمراد بالغنى أن يملك نصاب الزكاة وهو مقدار مائتي درهم فاضلاً عن منزله وأثاثه وكسوته وخادمه وسلاحه كما في صدقة الفطر.

الرابع: الإقامة فلا وجوب على المسافر والشيخان: الصديق التقي والфарوق النقي رضي الله عنهما كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين.

وقال علي رضي الله عنه: ليس على المسافر جمعة ولا أضحية.

(١) وفي الصحاح وفيها أربع لغات أضحية بتشديد الياء وضم الهمزة على وزن أفعولة وأضحية بفتح الهمزة والجمع أضاحي وضحية على فعيلة وجمعها ضحايا وأضحاة والجمع أضحي الصحاح ٢٤٠٧/٦ والمغرب ٥/٢ والصحاح ٥٤٧/٢.

(٢) انظر الدرر ٢٦٥/١ أنيس الفقهاء (٢٧٩).

الخامس : الوقت وهو ما بعد صلاة العيد . وأما العقل والبلوغ فهل يشترط؟ فيه خلاف . فعند الأبوين لا وعند محمد وزفر نعم .

### كتاب الكراهية

الكراهية مصدر قولهم كره الشيء يكرهه كرهاً وكراهية وفي المغرب<sup>(١)</sup>، كرهت الشيء كراهة وكراهية إذا لم ترده ولم ترضه، وأكرهت فلاناً إكراهاً حملته على أمر يكرهه والكره بالفتح الإكراه وبالضم الكراهية . وعن الزجاج : كل ما في القرآن من الكره فالفتح جائز فيه إلا قوله ﴿وهو كره لكم﴾<sup>(٢)</sup> في سورة البقرة انتهى .

ثم إن الكراهة في اللغة هي ضد المحبة والرضا وقال الله تعالى : ﴿وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم﴾ .

ثم المكروه عند محمد عبارة عن حرام ثبتت حرمة بدليل ظني ، والحرام ما ثبتت حرمة بدليل قطعي . فنسبة المكروه إلى الحرام كنسبة الواجب إلى الفرض<sup>(٣)</sup> وهذا واضح لا غبار عليه .

وأما قولهم المكروه عندهما ما هو إلى الحرام أقرب . ففيه خفاء ، وتمام تحقيقه ذكرناه في شرح الوقاية .

### كتاب إحياء الموات<sup>(٤)</sup>

الموات في اللغة<sup>(٥)</sup> الأرض الخراب ، وخلاف الأرض العامر وإليه الإشارة في الهداية حيث قال : الموات ما لا ينتفع به من الأراضي ، لانقطاع الماء عنه ، أو لغلبة الماء عليه ، أو ما أشبهه ، بأن صارت سبخة ، أو غلبت الرمال عليها ، بحيث لا يمكن الزراعة فيها ، ويمتنع

(١) انظر الصحاح ٢٢٤٧/٦ المغرب ٢١٧/٢ .

(٢) الآية (٢١٦) .

(٣) وهذا تقسيم انفرد به السادة الاحناف والحق الاستواء سواء ثبت بدليل ظني أو بدليل قطعي .

(٤) والمناسب بين الكتابين من حيث إن في كل منهما العمل بالأحسن ففي الكراهية فظاهر وفي إحياء الموات إنبات أرض جامدة وإجراء الأنهار تحت النخيل والأشجار وهذا أمر مستحسن فإن النعم العاجلة نموذج النعم الآجلة ؛ أنيس الفقهاء (٢٨٣) .

(٥) انظر الصحاح ٢٦٧/١ المغرب ٢٧٧/٢ المصباح ٩٠٢/٢ شرح الحدود (٤٠٧) التعريفات ١٦ .

الانتفاع بها. سميت مواتاً تشبهاً لها بالحيوان إذا مات بطل الانتفاع به فإحياء الأرض إذا عمارتها بحيث يدخل في حيز الانتفاع، ويستغل قواها النامية. قال الله تعالى: ﴿فأحيينا به الأرض بعد موتها﴾.

فأما في اصطلاح الشرع واعتبار الفقهاء<sup>(١)</sup>: فالموات عبارة عن أرض بلا نفع بحيث يبطل الانتفاع بها بسبب من الأسباب القاطعة للانتفاع كغلبة الماء أو الرمال عليها.

ومثل انقطاع الماء عنها ولا يكون مالکها معلوماً؛ وتكون بعيدة من العامر بعداً يقطع السماع عند أبي يوسف، والانتفاع عند محمد.

ومعنى قطع السماع: أنه إن قام رجل جهوري الصوت من أقصى العمرانات على مكان عال ونادى بأعلى صوته فكل موضع لا يسمع فيه هذا الصوت فهو بعيد، وكل موضع يسمع فيه فهو قريب.

وفي رواية أخرى عن أبي يوسف: إن البعد مقدر بقدر غلوة والقرب بأقل من ذلك، فالحاصل أن مدار الحكم عند أبي يوسف على القرب والبعد، وعند محمد على حقيقة الانتفاع وعدمه والانتفاع بها أعم من أن يكون من حيث المرعى أو من حيث الاحتطاب والاحتشاش إلى غير ذلك. والمختار عند شمس الأئمة السرخسي هو قول أبي يوسف، وهذا تفسير الموات باصطلاح الشرع.

وأما حكمه فهو أن كل من أحياه بإذن الإمام صار مالکاً له، وإلا فلا يملكها، وهذا عنده. وعندهما يملكها في الوجهين لقوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي<sup>(٢)</sup> له». وإذن الإمام أمر زائد فلا يزداد على النص.

(١) انظر التعريفات ١٦٢ تكملة فتح القدير ٧٠/١٠ ابن عابدين ٤٣١/٦ الدسوقي على الشرح الكبير ٦٧/٤ مغني المحتاج ٣٦١/٢ وابن قدامة ٤١٧/٥ كشف القناع ١٨٥/٤.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٣٦٢) وأحمد في المسند ٣٥٦/٣ والدارمي ٢٦٧/٢ في البيوع والترمذي ٦٦٣/٣ - ٦٦٤ في الأحكام (١٣٧٩) وقال حسن صحيح وعزاه المزي في التحفة للنسائي ٣٨٧/٢ (٣١٢٩) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد ٢٧٨ (١١٣٩) والبيهقي في السنن ١٤٨/٦ في إحياء الموات.

## كتاب الأشربة

الأشربة جمع شراب كالأزمنة جمع زمان. والشراب<sup>(١)</sup> في اللغة اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم أي يؤكل.

وفي اصطلاح الفقهاء<sup>(٢)</sup> الأشربة والشراب اسم لما يشرب ويكون شربه حراماً وأول من لقب الكتاب بذلك محمد في الجامع، ثم إن أصول الأشربة أي الأعيان التي تستخرج منها الأشربة أربعة: العنب والتمر والزبيب والحبوب. وهي: الحنطة والشعير والذرة والاجاص والفرصاء ونحو ذلك من الشهد والفانيد.

والأصل في هذه الأصول هو العنب والأصل في هذه الأشربة هو الخمر، وهو حرام قطعي لعينها وذاتها، غير معلوم بالسكر ولا موقوف عليه ثبت حرمتها بالنص القاطع من الكتاب والسنة وإجماع الأمة. فمن استحل أو جحد فهو كافر يقتل. والمثلث العنبي وإن كان حلالاً عند الأبوين إلا أن حله مشروط بعدم الإسكار فإذا أسكر فهو حرام اتفاقاً.

وقال الشافعي ومالك ومحمد هو حرام مطلقاً، والخلاف فيما إذا قصد به التقوي.

وأما إذا قصد به التلهي فهو حرام بالاتفاق كذا في الهداية وقال صاحب الكشاف في قوله تعالى: ﴿يَتَخَذُونَ مِنْهُ سَكراً وَرِزْقاً حَسَناً﴾<sup>(٣)</sup> احتج أبو حنيفة في حل المثلث بهذه الآية وحمل السكر المذكور في هذه الآية على هذا توفيقاً بين الآية والحديث انتهى وفيه نظر ظاهر.

## كتاب الصيد

الصيد<sup>(٤)</sup> مصدر بمعنى الاصطياد، وإطلاقه بمعنى المفعول أي الذي يصيدونه ويأخذونه: كثير شائع.

(١) الصحاح ١٥٣/١ المغرب ٤٣٦/١ انظر الطلبة ١٥٧ والتعريفات (١٢) شرح الحدود (٥١١) والمطلع (٣٧٣).

(٢) انظر تكملة فتح القدير ٨٨/١٠ والكفاية ٢٢/٩ والاختيار ٩٦/٤ ودرر الأحكام ٨٦/٢ الكافي ٤٤٢/١ ومغني المحتاج ١٨٧/٤ المغني لابن قدامة ١٥٩/٩.

(٣) الآية (٦٧).

(٤) الصحاح ٤٩/٢ والقاموس ٣٢٠/١ المغرب ٤٨٨/١ وانظر المطلاع (٣٨٥) الطلبة (١٠٠) وأنيس الفقهاء (٢٨٦) التعريفات (٩٢) وانظر أحكام في التبيين ٥٠/٦ وابن عابدين ٤٤١/٦ والكافي ٤٣١/١ ومغني المحتاج ٢٦٥/٤ وابن قدامة ٣٦٦/٩.



ثم إن الصيد مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ <sup>(١)</sup> وقوله تعالى : ﴿ أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلْغَايَةِ وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرَمًا ﴾ <sup>(٢)</sup> . مد التحريم إلى الغاية المذكورة وهذا مقتضى الإباحة فيما وراء الغاية . وقوله تعالى : ﴿ قُلْ أَحْلَلْ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ ﴾ <sup>(٣)</sup> .

وأما السنة فقوله ﷺ لعدي بن حاتم : إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل <sup>(٤)</sup> .

وأما الإجماع فهو أن الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم أجمعين بل الأمة كانوا يفعلون ذلك من زمن النبوة إلى زماننا هذا ولم ينكر على ذلك أحد .

وأما المعقول فهو أن نوع من الكسب ورد على مباح ، فكان مفيداً للملك . وأما الصيد فهو كل ممتنع متوحش حل أكله أولاً .

### كتاب الرهن

الرهن في اللغة هو الحبس مطلقاً <sup>(٥)</sup> . بأي سبب كان ، قال الله تعالى : ﴿ كُلْ مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَخَرُّهُ إِذَا هَبَّ وَاقْصِرْ شُرُوعَهُ وَاقْبِرْ بِيَعْنَهُ وَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِطَعَامِهَا وَلَا يَسْتَبَدُّ بَأْسُهُ عَلَى الشُّعْبَةِ ۚ اللَّهُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ .

كسب رهين ﴿ وقال عز وجل : ﴿ كُلْ مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَخَرُّهُ إِذَا هَبَّ وَاقْصِرْ شُرُوعَهُ وَاقْبِرْ بِيَعْنَهُ وَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِطَعَامِهَا وَلَا يَسْتَبَدُّ بَأْسُهُ عَلَى الشُّعْبَةِ ۚ اللَّهُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ .

بوزر فعاله ، ووبال مكاسبه . ومن ههنا قيل : الأمور مرهونة بأوقاتها . أي الأمور كلها محبوسة بأوقاتها المقررة وموقوفة على أزمتها المقدرة . فما دام لم يجيء تلك الأوقات لا يمكن خلاصها من قيود حبس العدم . إلى سعة الوجود وإليه أشار من قال : تاد ونرسد وغدة هركاركه سميت سودي تكند ياريء هرياريكه هدرت .

(١) سورة المائدة : الآية (٢) .

(٢) سورة المائدة : الآية (٩٦) .

(٣) سورة المائدة : الآية (٤) .

(٤) البخاري ٢٧٩/١ في الوضوء باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان (١٧٥) وفي ٦٠٩/٩ في الذبائح والصيد (٥٤٨٣) وفي ٦١٠/٩ في باب الصيد (٥٤٨٤) وفي ٦١٢/٩ (٥٤٨٦) ومسلم ١٥٣١/٣ في الصيد والذبائح باب الصيد بالكلاب المعلمة (١٩٢٩/٦) .

(٥) المناسبة بين الكتابين أن الصيد لا يملك إلا بالأخذ فكذا الرهن لا يملك إلا بالقبض ؛ أنيس الفقهاء (٢٨٩) .

(٦) انظر الصحاح ٢١٢٨/٥ والمغرب ٣٥٦/١ والقاموس ٢٣١/٤ والمصباح ٣٧١/١ .

وفي الشريعة : عبارة<sup>(١)</sup> عن حبس شيء بسبب دين أو عين مضمون بنفسه حبساً يمكن فكه بأخذه ، هذا هو التعريف الصحيح السالم عن كل محذور . وأما ما وقع في الوقاية من أنه حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه ففيه محذورات فصلناها في شرحها من أراد علمها فليرجع إليه .

وبالجملة : تفصيل الكلام ههنا : أن الرهن لا بد له من عدة أمور أخذ ، ومعط ، ومعطى ، ومأخوذ . فالذي يعطى يسمى رهنأ والذي يأخذ يسمى مرتهنأ والشيء الذي يعطيه الراهن المرتهن يسمى مرهونأ والشيء الذي يؤخذ ويستوفى يسمى مرهونأ به .  
يقال : رهن شيئاً بشيء أي حبس الأول بسبب الثاني وهذا الثاني هو الدين أو ما ماله الدين فافهم .

وينعقد الرهن بإيجاب وقبول ولكن لا يلزم إذ الراهن مخير بين التسليم والرجوع لكن إذا سلمه وقبضه المرتهن قبضاً قاطعاً لحق غيره : لزم ومعنى اللزوم : أن المرهون يدخل في ضمان المرتهن بمعنى أنه إن هلك فهو ضامن . وهذه مسألة خلافية . أي الرهن هل هو مضمون أم لا ؟ فعندنا : نعم . وعند الشافعي : لا ، لأنه أمانة .

والتخلية قبض إذ هي عبارة عن رفع الموانع عن قبضه كالبيع .

وأما قاعدة الضمان على تقدير الهلاك فهي : أن المرتهن ضامن للأقل لا غير ، لأن (الأمر بين الدين وما في معناه ، والقيمة ، أي قيمة المرهون فأيهما أقل فهو ضامن له ، فإن كانا سواء ، فلا ضمان إذ هي مبنية على المطالبة وهي متفعة) .

### كتاب الجنایات<sup>(٢)</sup>

الجنایات : جمع جنایة<sup>(٣)</sup> وهي في الأصل مصدر جنى عليه شرأ جنایة ، وفي الصحاح : جنى عليه جنایة ، والتجني مثل التجرم وهو أن يدعي عليك ذنباً لم تفعله . وجنيت الثمرة أجنيتها جنى واجتنيتها بمعنى : والجنى ما يجتنى من الشجر ، وثمر جنى على فعيل

(١) انظر الطلبة (١٤٦) والتعريفات ٧٨ والمطلع ٢٤٧ تكملة فتح القدير ١٣٥/١٠ الكفاية ٦٤/٩ وابن عابدين

٤٧٧/٦ والكافي ٨١٢/٢ ومغني المحتاج ١٢١/٣ والمغني لابن قدامة ٢٩٧/٤ والإشراف ٣٦٧/١ .

(٢) والمناسبة بين الكتابين أن الرهن شرع لإحياء الدين وصيانتة عن الهلاك فكذا الجنایة حكمها شرع لصيانة النفوس وإحيائها ؛ أنيس الفقهاء (٢٩١) .

(٣) الصحاح ٢٣٠٥/٦ المغرب ١٦٦/١ القاوس ٣١٥/٤ المصباح ١٧٦/١ .

وبالجملية فالجناية وإن كان مصدرأ إلا أنهم أرادوا بها في المتعارف ما يجنيه أي يكسبه من شر. فهو تسميته بالمصدر. ثم هو عام في كل فعل شنيع وأمر قبيح إلا أن الفقهاء خصصوه بالفعل المجرم شرعاً.

وتفصيل ذلك: أن الفعل الضار الصادر عن الجاني الواقع على غيره إما أن يقع على النفس أو على الطرف، أو على المال، أو على العرض فالذي يقع على المال يسمى غصباً، وقد فصل أحكامه في كتابه، والذي يقع على العرض فإن كان بالمشافهة فهو قدح وإهانة. وإن كان بدون حضوره فهو غيبة. وعلى كل تقدير فإن تضمن حكماً شرعياً ملزماً، فهو من الحدود وقد سبق تفصيله في كتاب الحدود وإلا فينبه وبين الله تعالى.

والبحت عنه خارج عن الفقه بقي الأول والثاني. فالأول يسمى قتلاً بغير حق. وأنواعه خمسة: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وجاري مجرى الخطأ، والقتل بسبب والثاني يسمى جناية فيما دون النفس.

### كتاب الديات

الديات جمع دية<sup>(١)</sup>.

والدية في اصطلاح الشرع عبارة عن المال الذي هو بدل النفس<sup>(٢)</sup>.

وأما الأرش فهو اسم للواجب فيما دون النفس<sup>(٣)</sup>.

وفي المغرب<sup>(٤)</sup>: الأرش دية الجراحات والجمع أروش وإراش، بوزن فراش انتهى.

فالأرش أخص مطلقاً، والدية أعم مطلقاً، فكل أرش دية ولا عكس وتفسير القوم مبني على الأعم الأغلب وتصريح بوجه الامتياز فلفظ الدية قد جاء مصدرأ يقال: وديت المقتول دية، كما يقال: وصلت صلة أي أديت ديته أداء من حد ضرب وقد جاء اسماً أي هو اسم

(١) والدية مصدر ودي القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال: الدية تسمى بالمصدر ولذا أجمعت انظر المغرب ٣٤٧/٢ الصحاح ٢٥٢١/٦ القاموس ٤٠١/٤ والمصباح ١٠١٣/٢.

(٢) تكملة فتح القدير ٢٧٠/١٠ درر الحكام ١٠٢/١ ابن عابدين ٥٧٣/٦ الكافي ١١٠٨/٢ مغني المحتاج ٥٣/٤ المغني لابن قدامة ٣٦٧/٨ الإشراف ٢٠٠/٢.

(٣) انظر الطلبة ١٦٦ الكليات (٣٠) التعريفات (٩).

(٤) ٣٥/١ الصحاح ٩٩٥/٣ القاموس ٢٧١/٢.

للمال الذي هو بدل النفس، على ما نبهناك عليه، وهذا هو المراد من قولهم: الدية من الذهب ألف دينار هكذا روي عن رسول الله ﷺ وعليه الإجماع. ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي اثني عشر ألفاً.

والدينار الشرعي: مثقال واحد، والمثقال عشرون قيراطاً، والقيراط خمس شعيرات. والدرهم الشرعي: أربعة عشر قيراطاً.

والدية من الإبل مائة.

ولا تثبت الدية عند أبي حنيفة إلا من هذه الأجناس الثلاثة: الذهب والفضة والإبل وقالوا: بل الدية من الأجناس الستة. هذه الثلاثة المذكورة، والبقر والغنم والحلل.

فالدية من البقر مائتان ومن الغنم ألفان ومن الحلل مائتان كل حلة ثوبان، لأن عمر رضي الله عنه فعل كذلك.

وأما الجنايات التي ليس فيها أرش مقدر ففيها حكومة العدل، إذ لا سبيل إلى الإهدار والإهمال فيها.

وحكومة العدل: أن يقوم صاحب هذه الجراحة عبداً بلا هذه الجراحة ثم يقوم مع هذه الجراحة فقدر التفاوت بين القيمتين من الدية هو حكومة العدل، كذا في الوقاية.

وعبارة الجامع الصغير للعنابي في تفسير حكومة العدل أخصر وأظهر حيث قال: ومعنى الحكومة أن ينظر لو كان عبداً كم ينتقص من قيمته بسبب هذا العيب فإن انتقص عشر قيمته يجب في الحر عشر الدية، وهكذا.

وأما الغرة فهو اسم لدية هي بدل الجنين نفسه لا بدل جزئه وبدل الجنين كما يسمى دية، كذلك يسمى غرة. أيضاً لأنه أول مقدار يظهر في باب الدية وغرة الشيء أوله، ويسمى الوجه غرة: لأنه أول شيء يظهر من الإنسان. قال الشاعر:

وبدا الصبح كأن غرته وجه الخليفة حين يمتدح

وفي الوقاية: ومن ضرب بطن امرأة يجب عليه غرة خمسمائة درهم، على عاقلته، إن ألفت ميتاً، انتهى. يعني أن الغرة الواجبة على الجاني، إنما تجب على عاقلته لأن رسول الله ﷺ قضى بالغرة الواجبة على العاقلة واعلم أن الجنين هو الولد الذي ألقته أمه قبل أووانه.

## باب القسامة

القسم بالفتح : مصدر قسم القسام المال بين الشركاء : فرقه بينهم وعين أنصباءهم .  
ومنه القسم بين النساء والقسم بالكسر النصيب والقسم اليمين ، يقال : أقسم بالله أقساماً .  
وقولهم : حكم القاضي بالقسامة اسم منه وضع موضع الإقسام ثم قيل للذين يقسمون قسامة ،  
وقيل : هي الأيمان تقسم على أولياء الدم . كذا في المغرب .

وفي الصحاح : وأقسمت حلفت وأصله من القسامة وهي أيمان يقسم على المتهمين بالقتل .

وبالجملة : فالقسامة في عرف الفقهاء : عبارة عن الأيمان التي تقسم على أهل المحلة الذين وجد القتل فيهم<sup>(١)</sup> .

فإن وجد في محلة ميت به جراحة : أو أثر ضرب أو خنق ، أو خروج دم من أذنه أو عينه ، أو من موضع غير معتاد ، أو وجد بدنه أو أكثره أو نصفه مع رأسه ولا يعلم قاتله وادعى عليه القتل على أهل المحلة ، كلهم أو بعضهم ، ولا بينة له حلف خمسون رجلاً منهم ، والاختيار بيد المولى يختار اليمين من يشاء .

ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد .

وعبارة اليمين هكذا : بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ثم بعد التحليف قضى على أهلها بالدية . ومن نكل منهم حبس حتى يحلف .

## كتاب المعاقل

المعاقل : جمع معقلة كالمفاخر جمع مفخرة بالضم والفتح<sup>(٢)</sup> من عقل يعقل عقلاً ومعقولاً ، والمعقلة هي الدية ، وسميت الدية عقلاً ومعقلة ، إذ هي تعقل الدماء من أن تسفك أي تمنعها عن السفك ، وفي الصحاح : العقل الدية . وفي الكافي العاقلة الذين يعقلون العقل . أي يؤدون الدية وعاقلة الرجل هم الذين ينصرونه نصراً ، فإن كان الرجل منصوراً من

(١) انظر الصحاح ٢٠١٠/٥ والطلبة ١٦٧ والتعريفات (١١٧) والمطلع ٣٦٨ تكملة فتح القدير ٣٧٢/١٠ الدرر

١٢٠/٢ الكافي ١١١٦/٢ ومغني المحتاج ١١١/٤ والمغني لابن قدامة ٤٨٧/٨ .

(٢) انظر أنيس الفقهاء (٢٩٥) .

جهة القبيلة فعاقلته قبيلته ، وإن كان منصوراً من أهل حرفته فعاقلته أهل حرفته وإن كان من أهل ديوان فعاقلته أهل ديوانه وهكذا : فالمعتبر هو النصرة فمرجع العقل هو النصرة .

## كتاب الوصايا

الوصايا : جمع وصية كالبرايا جمع برية والهدايا جمع هدية<sup>(١)</sup> .

والوصية : اسم بمعنى الإيصاء من أوصى يوصي إيصاء .

وفي المغرب : الوصية والوصاية اسمان بمعنى المصدر ، وعليه قوله تعالى : ﴿ حين الوصية اثنان ﴾ ثم سمي الموصى به وصية ، وعليه قوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصون بها ﴾ .

والوصاية بالكسر مصدر الوصي ويقال : أوصى فلان إلى زيد لعمره وبكذا انتهى .

فهنا أمور ، الأول : تفسير الوصية وتعريفها شرعاً .

الثاني : ركنها وهو أن يقول : أوصيت إلى فلان بكذا لفلان .

الثالث : شرطها . وهو أمور ، أحدها : كون الموصى أهلاً للتملك ، وثانيها : كون الموصى له أهلاً للتملك ؛ وثالثها : بكون الموصى به بعد موت الموصي [مألاً قابلاً للتملك ، ورابعها : كون الموصى]<sup>(٢)</sup> أميناً قادراً على القيام بمصالح الوصاية ومهمات الوصية . فإن لم يكن كذلك عزله القاضي ونصب غيره . الرابع : حكمها ، وهو صيرورة الموصى له مالكاً للموصى به ملكاً جديداً ، كالتملك بالهبة .

وإذا عرفت هذه الأمور فاعلم أن الوصية شرعاً : عبارة عن تملك صادر عن المريض في آخر حياته ، بحيث يظهر أثره بعد مماته .

وأما قولهم : هو إيجاب بعد الموت فليس على ظاهره وقد فصلنا الكلام هناك أي في شرح الوقاية تفصيلاً لا مزيد عليه<sup>(٣)</sup> .

ولقد تركنا ههنا تفاصيل المسائل : إذ المقصود في هذا الكتاب إنما هو بيان الحدود

(١) انظر الصحاح ٦/٢٥٢٥ . المغرب ٢/٣٥٧ المصباح ٢/١٠٢٧ .

(٢) سقط من الأصل .

(٣) انظر أحكامهما في تبين الحقائق ٦/١٨٢ الاختيار ٥/٦٢ . وتكملة فتح القدير ١٠/٤١٣ الكافي ٢/١٠٢٣ .

الإشراف ٢/٧٠ مغني المحتاج ٣/٤٦ والمغني ٦/١٣٧ .

الشرعية للألفاظ المتداولة في السنة الفقهاء، أعني شرح الألقاب [التي لقبوا الكتب  
الفقهية بها إذ المقصود ضبط معاهد العلم فمن حفظها أي تلك الألقاب] <sup>(١)</sup> على النمط الذي  
شرحناه وفصلناه كان راكباً في الفقه محرزاً قصبات السبق في ميدان الفقهاء <sup>(٢)</sup>.

فالمسؤول من الله عز سلطانه وعظم برهانه أن يجعل ما كتب في هذا الكتاب بإقباله  
في ديني ودنياي، وأن ينفع به الطالبين، الذين اشتد شوقهم إلى علم الدين وأن يجعله ذخراً  
لنا يوم لا ظل إلا ظله ولا حكم إلا حكمه وأن يحشرنا مع النبيين والشهداء والصالحين. وأن  
نجعل ممن يحشر تحت لواء سيد المرسلين صلوات الله وسلامه عليه وعلى جميع النبيين وآل  
كل وسائر الصالحين.

فلقد اتفق إتمام تأليفه يوم الاثنين لأربع وعشرين مضيئ من شهر الله المبارك صفر ختم  
بالخير والظفر.

وقع ذلك بمقام خبره بولي من أعمال أدنة لسنة ثلاث وسبعين وثمانمائة على يد مؤلفه  
الفقير المحتاج إلى رحمة ربه القدير / شيخ علي بن مجد الدين الشاه رودي ثم البسطامي،  
ختم الله عمره بالحسنى، ويسر له الفوز بالذخر الأسنى من قال آمين، قضى الله حاجته يوم  
الدين <sup>(٣)</sup>.

(١) سقط من الأصل.

(٢) في ب الفقهاء.

(٣) وقع في آخر الأصل قوله:

وقد قيل في الهداية في باب خيار العيب والجنون خيار عيب أبداً.

قال في النهاية هاهنا والجنون سببه مساو الباطن على ما قيل ان العقل معدن القلب وشعاعة الدماغ، والجنون  
انقطاع ذلك الشعاع. من الدماغ.

هذه عبارة النهاية، وذكر في غاية البيان هاهنا: فأما الجنون لا يتن إلا فساد في محل العقل وهو الدماغ.  
قلت: وهذا لا علاقة له بما ذكر.





## فهرس كتاب الحدود والأحكام الفقهية

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٤٢	باب التدبير	٣	خطبة الكتاب
٤٣	كتاب الأيمان	٤	الترجمة
٤٦	كتاب الحدود	٤	اسمه
٤٧	كتاب السرقة	٤	نشأته وطلبه للعلم
٤٨	كتاب الجهاد	٤	شيوخه
٤٨	كتاب اللقيط	٦	وفاته
٤٩	كتاب اللقطة	٦	وصف المخطوط
٤٩	كتاب الابق	٧	المقدمة
٥٠	كتاب المفقود	٩	كتاب الطهارات
٥١	كتاب الشركة	١٦	باب التيمم
٦١	كتاب الوقف	١٧	باب المسح على الخفين
٦٢	كتاب البيع	١٩	باب الحيض
٦٦	باب الإقالة	٢٠	كتاب الصلاة
٦٧	كتاب الكفالة	٢٣	كتاب الزكاة
٧١	كتاب الحوالة	٢٥	كتاب الصوم
٧٧	كتاب أدب القاضي	٢٦	كتاب الحج
٨٥	كتاب الشهادة	٣٠	كتاب النكاح
٨٦	كتاب الوكالة	٣١	كتاب الرضاع
٨٧	كتاب الدعوى	٣٢	كتاب الطلاق
٨٨	كتاب الإقرار	٣٤	باب الإيلاء
٨٩	كتاب الصلح	٣٧	باب الخلع
٨٩	كتاب المضاربة	٣٩	باب الظهار
٩١	كتاب الوديعة	٤١	باب اللعان
٩٢	كتاب العارية	٤٢	باب العدة

١١١	كتاب الذبائح	٩٣	كتاب الهبة
١١٣	كتاب الأضحية	٩٦	كتاب الإجارة
١١٤	كتاب الكراهية	٩٧	كتاب المكاتب
١١٤	كتاب إحياء الموات	٩٨	كتاب الولاء
١١٦	كتاب الأشربة	٩٩	كتاب الإكراه
١١٦	كتاب الصيد	١٠٢	كتاب الحجر
١١٧	كتاب الرهن	١٠٣	كتاب المأذون
١١٨	كتاب الجنایات	١٠٥	كتاب الغصب
١١٩	كتاب الديات	١٠٧	كتاب الشفعة
١٢١	باب القسامة	١٠٨	كتاب القسمة
١٢١	كتاب المعاقل	١٠٩	كتاب المزارعة
١٢٢	كتاب الوصايا	١١١	كتاب المساقاة